

Juridiska institutionen  
Juristprogrammet höstterminen 2014  
Examensarbete 30 hp

# **Verksamhetsövergång till följd av entreprenörsbyte vid offentlig upphandling**

Ändamålskonflikter och parternas möjligheter  
att kringgå eller frambringa anställningsskydd

David Thorén

Handledare: Filip Bladini



**GÖTEBORGS UNIVERSITET  
HANDELSHÖGSKOLAN**

<b>SAMMANFATTNING .....</b>	<b>4</b>
<b>FÖRKORTNINGAR .....</b>	<b>6</b>
<b>1 INLEDNING .....</b>	<b>7</b>
1.1. Bakgrund och problemformulering.....	7
1.2 Syfte och frågeställningar.....	9
1.3 Avgränsningar .....	9
1.4 Metod och material.....	10
1.5 Begrepp.....	14
1.6 Disposition.....	14
<b>2 ÖVERLÅTELSEDIREKTIVET.....</b>	<b>16</b>
2.1 Bakgrund och syfte .....	16
2.2 Grundläggande förutsättningar för tillämplighet.....	18
2.3 Regleringens tillämplighet vid entreprenörsbyten.....	21
2.3.1 Förhållandet till offentlig upphandling .....	24
2.4 Betydelsen av produktionsfaktorernas övergång .....	27
2.4.1 Personalbaserade och materialbaserade verksamheter .....	30
2.5 Diskussion .....	35
<b>3 UPPSÄGNINGSFÖRBUDET VID OFFENTLIG UPPHANDLING.....</b>	<b>38</b>
3.1 Bakgrund.....	38
3.2 Uppsägning på grund av verksamhetsövergången i sig.....	40
3.3 Uppsägning under ett upphandlingsförfarande .....	42

<b>3.4 Diskussion .....</b>	<b>47</b>
<b>4 PÅVERKANSMÖJLIGHETER FÖR DEN UPPHANDLANDE MYNDIGHETEN.....</b>	<b>51</b>
<b>4.1 Bakgrund och motiv till krav på personalövertagande .....</b>	<b>52</b>
<b>4.2 Upphandlingsregelverkets ändamål .....</b>	<b>54</b>
4.2.1 Sociala hänsyn genom särskilda kontraktsvillkor .....	56
<b>4.3 Tillåtlighet av krav på personalövertagande .....</b>	<b>57</b>
<b>4.4 Diskussion .....</b>	<b>62</b>
<b>5 AVSLUTANDE ANALYS.....</b>	<b>66</b>
<b>REFERENSER .....</b>	<b>72</b>

## Sammanfattning

Vid ett entreprenörsbyte till följd av offentlig upphandling kan under vissa förutsättningar det arbetsrättsliga skyddsregelverket vid verksamhetsövergångar, baserat på direktiv 2001/23/EG, bli tillämpligt. I sådana situationer har de befintliga arbetstagarna rätt till fortsatt anställning med bibehållna villkor hos den nya entreprenören. Den befintliga entreprenören får inte heller säga upp arbetstagarna på grund av en stundande verksamhetsövergång sig. Rättsföljderna av en verksamhetsövergång kan betraktas som negativa för entreprenörerna men potentiellt eftersträvansvärda för en upphandlande myndighet. Till följd av detta kan dessa aktörer ha ett intresse av att försöka se till att skyddsregleringen i fråga blir tillämplig eller inte.

Skyddsregleringens tillämplighet kan betraktas som konkurrenshämmande i sammanhanget, vilket går emot grundändamålet med offentlig upphandling. Samtidigt är skyddsregleringens extensiva tillämplighet en förutsättning för att dess ändamål, att trygga arbetstagarnas anställningsvillkor vid ett arbetsgivarbyte, ska kunna uppfyllas. Denna uppsats belyser hur entreprenörerna och den upphandlande myndigheten kan påverka huruvida skyddsregleringen ska bli tillämplig eller inte, och vilka följder detta får för det arbetsrättsliga respektive upphandlingsrättsliga regelverkets möjlighet att uppnå sina motstridiga ändamål.

EU-domstolen har i sin praxis kring vad som anses utgöra en verksamhetsövergång lagt stor vikt vid huruvida den tidigare entreprenörens personal övergått till den övertagande personalen. Detta leder till att om en övertagande entreprenör väljer att inte anställa den tidigare entreprenörens personal så föreligger ingen verksamhetsövergång, och de anställda har ingen lagstadgad rätt till fortsatt anställning hos den nya entreprenören. På så vis kan en övertagande entreprenör anses ha påverkansmöjligheter huruvida skyddsregleringen ska bli tillämplig eller inte. Därmed skapas kringgåendemöjligheter av en tvingande skyddslagstiftning, vilket inskränker skyddsregleringens möjlighet att uppnå sitt ändamål.

En följd av att en förutsättning för skyddsregleringens tillämplighet är att den nya entreprenören på frivillig basis anställer personalen är att uppsägningsförbudet får ett mycket begränsat tillämpningsområde. Detta är förvisso inget entreprenörerna i fråga direkt kan påverka utan blir snarare effekten av praxis. Detta problem, sett till skyddsregleringens ändamål, kan potentiellt undvikas om den upphandlande myndigheten ställer krav på att den nya entreprenören måste anställa tidigare entreprenörs personal. Att verka för att skyddsregleringen ska bli tillämplig vid offentlig upphandling kan emellertid anses motverka

upphandlingsregleringens konkurrensfrämjande ändamål. Om en ny entreprenör är skyldig att överta personalen kan den nya entreprenören inte konkurrera vare sig med personalkostnader eller sin egen personals kompetens. Min slutsats är att rättsläget kring tillåtligheten av ett krav på personalövertagande är oklart men att mycket talar för att ett sådant krav strider mot proportionalitetsprincipen. Teoretiskt sett hade emellertid ett sådant krav varit effektivt för att främja skyddsregleringens tillämplighet, dock på bekostnad upphandlingsregelverkets ändamål.

Det förefaller som att överlåtelseregleringen och upphandlingsregelverkets ändamål svårligen kan tillgodoses fullt ut i situationer där de är gemensamt tillämpliga. Min slutsats är att enligt nuvarande rättsläge prioriterats inget ändamål uttryckligen framför det andra. Dock leder den övertagande entreprenörens kringgåendemöjligheter till att överlåtelseregleringens ändamål i praktiken får stå tillbaka för konkurrensbetonade hänsynstaganden. Denna ordning tycks EU-domstolen inte uttryckligen främja men likväl acceptera.

## Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
EU	Europeiska Unionen
LAS	Lag (1982:80) om anställningsskydd
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling
LUF	Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
MBL	Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
NOU	Nämnden för offentlig upphandling
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
ÄLOU	Lag (1992:1528) om offentlig upphandling

# 1 Inledning

## 1.1. Bakgrund och problemformulering

I ett samhälle där det offentliga i stor utsträckning lägger ut verksamhet på entreprenad genom offentliga upphandlingsförfaranden skapas möjligheter för privata aktörer att konkurrera. I en situation där en entreprenörs entreprenadavtal löper ut ska förnyad upphandling göras. Om den befintlige entreprenören inte kan leverera det bästa anbudet ska enligt upphandlingsregleringen en ny entreprenör överta uppdraget. Den utkonkurrerade entreprenören får istället söka uppdrag på annat håll, men vad händer med dennes anställda vars arbetsuppgifter plötsligt ska övertas av en annan entreprenör? I många fall leder förlusten av uppdraget till att den tidigare entreprenören vidtar uppsägningar. Entreprenörsbyten i upphandlingspliktig verksamhet har under senare tid, bland annat i samband med valrörelsen, uppmärksammats och ansetts skapa otrygga anställningsförhållanden där arbetstagarna tvingas söka om sina tidigare jobb hos den nya entreprenören, ofta till sämre villkor.<sup>1</sup>

För att undvika denna problematik finns sedan en längre tid tillbaka en särskild arbetsrättslig skyddsreglering, fortsättningsvis benämnd som *överlåtelseregleringen*, baserad på det så kallade överlåtelsedirektivet.<sup>2</sup> Om entreprenörsbytet kan betraktas som vad i sammanhanget brukar kallas för en verksamhetsövergång träder skyddet enligt överlåtelseregleringen in. De anställda i den aktuella verksamheten har i sådana situationer rätt till fortsatt anställning hos den nya entreprenören med bibehållna villkor.<sup>3</sup> Arbetstagarna får heller inte sägas upp av den tidigare entreprenören inför entreprenörsbytet p.g.a. övergången i sig enligt det så kallade *uppsägningsförbudet*.<sup>4</sup>

Att entreprenörsbytet i det aktuella fallet faktiskt omfattas av detta regelverk är dock inte en självklarhet. Ett antal svårbedömda kriterier måste vara uppfyllda, där kärnan i bedömningen är att det krävs en relativt påtaglig likhet mellan de båda entreprenörernas verksamheter för att regelverket ska bli tillämpligt. Sådan likhet kan skapas genom att den nya entreprenören

---

<sup>1</sup> Jfr Eriksson, Per, Personalövertagande blir valfråga, Upphandling24, 2014-08-13, tillgänglig: <http://upphandling24.idg.se/2.1062/1.578306/personalovertagande-blir-valfraga> (hämtat 2014-09-15).

<sup>2</sup> Rådets direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagaras rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter.

<sup>3</sup> Se artikel 3.1 direktiv 2001/23/EG samt 6 b § lag (1982:80) om anställningsskydd (LAS).

<sup>4</sup> Se artikel 4.1 i direktiv 2001/23/EG, samt 7 § 3 st. LAS.

övertar materiella tillgångar från den tidigare entreprenören, såsom bussar eller lokaler, eller att han anställer den personal som tidigare utfört uppdraget. Såvida någon sådan likhet inte kan anses föreligga så gäller inte heller det särskilda skyddet enligt överlåtelseregleringen och de tidigare anställda har inte rätt att övergå till den nya entreprenören.

En övertagande entreprenör kan uppleva ett personalövertagande enligt överlåtelseregleringen som negativt då det kan skapa övertalighet hos denne. Eftersom bedömningen av om överlåtelseregleringen ska tillämpas baseras på likheten mellan entreprenörernas verksamhet före och efter entreprenörsbytet kan det tänkas finnas både motiv och möjlighet för en övertagande entreprenör att strukturera sin verksamhet på ett sätt som gör att likheterna blir få, och den tvingande skyddsregleringen därmed kan kringgås. För en befintlig entreprenör kan uppsägningsförbudet vara ett hinder för att säga upp personal i samband med förnyad upphandling, vilket kan få stora ekonomiska konsekvenser om denne skulle förlora upphandlingen. Även för den befintliga entreprenören kan därför regleringens tillämplighet ses som problematisk.

För en upphandlande myndighet kan det emellertid betraktas som viktigt att de anställda inte sägs upp eller återanställs till sämre villkor vid ett entreprenörsbyte. Det kan det därför finnas incitament för den upphandlande myndigheten att eftersträva att regleringen ska tillämpas snarare än kringgås. Ett potentiellt sätt att se till att överlåtelseregleringen blir tillämplig är att ställa *krav på personalövertagande*, d.v.s. att myndigheten kräver att en eventuell ny entreprenör erbjuder tidigare entreprenörs anställda fortsatt anställning med bibehållna villkor. Ett sådant personalövertagande kan tänkas skapa sådan likhet mellan entreprenörernas verksamhet som krävs för överlåtelseregleringens tillämplighet. Detta kan dock vara konkurrenshämmande, vilket går emot det grundläggande syftet med upphandlingsförfarandet, eftersom en ny entreprenör inte kan använda sin egen personal som konkurrensfaktor i sitt anbud. Genom att främja överlåtelseregleringens syften kan därmed upphandlingsregelverkets syften komma att motverkas.

Skilda intressen hos parterna kan tänkas leda till att dessa utifrån sina egna intressen försöker påverka de omständigheter som avgör om skyddsreglerna blir tillämpliga eller inte.

En potentiell konflikt mellan två regleringars ändamål kan skönjas. I vågskålen ligger trygghet för arbetstagarnas anställning vid överlåtelseregleringens tillämplighet, eller främjande av konkurrens vid dess frånvaro.



## 1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsen syftar till att analysera i vilken utsträckning entreprenörerna och den upphandlande myndigheten kan påverka tillämpligheten av överlåtelseregleringen vid ett entreprenörsbyte till följd av ett offentligt upphandlingsförfarande. Annorlunda uttryckt kan detta även beskrivas som huruvida entreprenörerna kan kringgå direktivets tillämplighet och rättsföljder, och om den upphandlande myndigheten kan se till att regleringen blir tillämplig genom ett krav på personalövertagande. Uppsatsen syftar även till att analysera hur dessa påverkansmöjligheter kan influera överlåtelseregleringens och upphandlingsregelverkets möjligheter att uppnå sina respektive ändamål.

Mina frågeställningar kan således beskrivas som följande:

1. Kan entreprenörerna vid ett entreprenörsbyte i samband med ett offentligt upphandlingsförfarande påverka, och därmed kringgå, tillämpligheten av överlåtelseregleringen och dess rättsföljder, och i så fall hur?
2. Kan en upphandlande myndighet påverka tillämpligheten av överlåtelseregleringen genom att ställa krav på personalövertagande i en offentlig upphandling?
3. Hur influerar dessa eventuella påverkansmöjligheter överlåtelseregleringens och upphandlingsregelverkets möjligheter att uppnå sina respektive ändamål?

## 1.3 Avgränsningar

Jag utgår från att läsaren av denna uppsats har en grundläggande förståelse för såväl det arbets- som upphandlingsrättsliga regelverket. Till följd av detta sker ingen redogörelse för exempelvis det praktiska upphandlingsförfarandet. Den beskrivning som görs är snarare en översikt i relevanta delar kopplade till uppsatsens problemformulering.

I denna uppsats bortses från outsourcing och insourcing i offentlig verksamhet, d.v.s. när det offentliga initialt lägger ut verksamhet på entreprenad eller återför det till det offentligas regi. Dessa situationer omfattas inte av problematiken på samma sätt och kräver andra överväganden än rena entreprenörsbyten vid offentlig upphandling, varvid avgränsning sker för att konkretisera frågeställningen och uppsatsen generellt.

De upphandlingsrättsliga aspekterna i denna uppsats utgår ifrån tillämpningsområdet för lag (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), d.v.s. den så kallade klassiska sektorn. Jag bedömer dock att det inte i materiellt hänseende finns någon skillnad i de resonemangen gentemot tillämpningsområdet för lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Genom att utgå ifrån den klassiska sektorn bli uppsatsen enligt min mening mer överskådlig.

Eventuella påverkansmöjligheter för arbetstagarna samt arbetstagar- och arbetsgivarorganisationerna behandlas inte inom ramen för denna uppsats. Med *parternas* påverkansmöjligheter avses därmed sådana möjligheter för entreprenörerna samt den upphandlande myndigheten. Det finns potentiellt vissa möjligheter för organisationerna och arbetsgivarna att genom kollektivavtal uppnå likvärdiga effekter som en formell verksamhetsövergång skulle innebära, och möjligen även att få de formella reglerna tillämpliga. Uppsatsen berör emellertid inte dessa möjligheter eftersom de är till synes i hög grad branschspecifika, medan uppsatsens syfte är att belysa problematiken på ett bredare plan.

Inom ramen för utredningen avseende den upphandlande myndighetens påverkansmöjligheter i form av krav på personalövertagande beaktas enbart sådana krav i form av särskilda kontraktsvillkor. Krav på personalövertagande i form av uteslutningsgrunder, kvalificeringskrav eller tilldelningskriterier behandlas därmed inte. Anledningen till att jag har valt att avgränsa mig till krav i form av särskilda kontraktsvillkor är att dessa kan anses ha särskilt stort användningsområde gällande såväl upphandling av tjänster, vilket uppsatsens problematik kretsar kring, som vad gäller krav av arbetsrättsligt inslag.<sup>5</sup>

#### **1.4 Metod och material**

Att analysera parternas påverkansmöjligheter kräver enligt min uppfattning en utredning av vad som är förutsättningarna för överlåtelseregleringens tillämplighet, för att därefter kunna avgöra om dessa förutsättningar kan påverkas. Överlåtelseregleringens tillämplighet bygger på att ett antal rättsfakta ska anses föreligga i en konkret situation. Påverkansmöjligheterna blir därför nära sammankopplade till vad som är förutsättningarna för att regleringen ska tillämpas och hur parterna i en praktisk situation kan kontrollera huruvida dessa

---

<sup>5</sup> Jfr Europeiska kommissionen, Socialt ansvarsfull upphandling – en handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling, 2010, s. 44, tillgänglig: [ec.europa.eu/social](http://ec.europa.eu/social) (hämtat 2014-09-22).

förutsättningar föreligger. För att problematisera dessa påverkansmöjligheter utifrån regleringarnas ändamål och syften krävs därför att det utreds vilka ändamål som ligger till grund för regleringarna och en analys kring huruvida de uppnås eller inte utifrån de rättsliga förutsättningarna. För att uppfylla uppsatsens syfte utifrån dessa omständigheter har jag tillämpat rättsdogmatisk metod.

Rättsdogmatisk metod kan sägas ha som huvudsyfte att utifrån rättskälleläran identifiera tillämpliga rättsregler vid ett aktuellt problem och därefter problematisera lösningen.<sup>6</sup> Uppsatsens syfte och den rättsdogmatiska metodens syfte sammanfaller därmed i stor utsträckning, vilket gör metoden till den mest lämpliga för att uppnå uppsatsens syfte enligt min mening. För att utreda parternas möjligheter att påverka överlåtelseregleringens tillämplighet har jag därför utifrån rättskällor på området analyserat vilka förutsättningar som krävs för att regleringen ska tillämpas och dragit slutsatser kring hur parterna i fråga kan påverka detta. Gällande frågan hur detta påverkar överlåtelseregleringens och upphandlingsregelverkets möjligheter att uppnå sina respektive ändamål har jag utifrån rättskällorna utrett regleringarnas ändamål och därefter analyserat i vilken utsträckning dessa uppnås eller inskränks sett till min analys avseende parternas påverkansmöjligheter.

Jag har utgått ifrån en klassisk uppfattning om den svenska rättskälleläran och källornas inbördes hierarki som bestående av lagstiftning, domstolspraxis, förarbeten och doktrin. I viss mån har jag även hämtat stöd i källor som skulle kunna betraktas som *soft law*, så som Kommissionens och Konkurrensverkets tolkningsmeddelanden och handledningar, i syfte att öka förståelsen för regelverken. De rättskällor jag har använt mig av har med nödvändighet varierat sett till respektive frågeställning och delproblem sett till respektive problematiks karaktär men även tillgängligheten av identifierbara rättskällor.

Till följd av överlåtelseregleringens starka koppling till EU-rätten har jag i min utredning och analys huvudsakligen utgått ifrån EU-domstolens praxis gällande överlåtelsedirektivet. Då EU-domstolen är den yttersta uttolkaren av unionens rättsakter och den svenska lagstiftningen ska tolkas EU-konformt anser jag att EU-domstolens praxis är en naturlig utgångspunkt. Praxis gällande överlåtelsedirektivet är omfattande varvid någon heltäckande bild knappast kan presenteras. I enlighet med min valda metod har jag därför presenterat den praxis som jag

---

<sup>6</sup> Jfr Kleineman, Jan, Rättsdogmatisk metod, i Korling, Fredric, Zamboni, Mauro (red.), Juridisk metodlära, 2013, Studentlitteratur, s 35.

anser vara mest relevant för analysen. Detta urval har jag i huvudsak baserat på de faktiska omständigheterna i målen då praxis som rättskälla bygger på den logiska premissen att lika fall ska behandlas lika. Jag har därför i huvudsak byggt min analys beträffande överlåtelsedirektivets tillämplighet och påverkansmöjligheter gällande detta på avgöranden som innefattar entreprenörbyten i samband med offentlig upphandling.

I denna del är det dock viktigt att ha i minnet att EU-domstolen på flera avgörande sätt skiljer sig från svenska domstolar. EU-domstolen agerar på begäran om förhandsavgöranden från de nationella domstolarna istället för stämningsansökningar från fysiska eller juridiska personer. Detta leder till att EU-domstolens främsta uppgift är att tolka de gemenskapsrättsliga rättsakterna snarare än att vara tvistlösande. Den praxis som domstolen skapar är därför i regel generellt beskriven och ger inget konkret svar på huruvida exempelvis överlåtelsedirektivet är tillämpligt i en specifik situation. En fördel med detta är att dess praxis kan användas för analys i ett större sammanhang. Det ska även påpekas att EU-domstolens ledamöter inte har möjlighet att vara skiljaktiga, så som i svenska domstolar. Detta leder till att EU-domstolen måste vara enig, vilket leder till att kompromiss blir en naturlig del av domstolens resonemang.<sup>7</sup> I min analys av EU-praxis har jag därför delvis använt mig av generaladvokaternas förslag till avgörande i det aktuella avgörandet som ett sätt att nyansera problematiken även om sådana domförslag inte kan betraktas som en rättskälla enligt en mer strikt tolkning av rättskälleläran.

Något som även är karaktäristiskt för EU-domstolens tolkning av gemenskapsrättsliga rättsakter är dess användande av teleologisk tolkningsmetod, det vill säga där en rättsakts ändamål styr hur den ska uppfattas och tillämpas.<sup>8</sup> Till följd av att uppsatsens ämne berör ändamålsfrågor, kretsar kring regleringar baserade på EU-direktiv och EU-domstolens praxis får stor betydelse i dessa sammanhang har den teleologiska tolkningsmetoden varit en viktig del av min analys.

---

<sup>7</sup> Jfr Europaparlamentet, Generaldirektoratet för EU-intern politik, Dissenting opinions in the Supreme Courts of the Member states, PE 462.470, 2012, s. 14 och 34, tillgänglig: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201304/20130423ATT64963/20130423ATT64963EN.pdf> (hämtat 2014-11-25).

<sup>8</sup> Reichel, Jane, EU-rättslig metod, i Korling, Fredric, Zamboni, Mauro (red.), Juridisk metodlära, 2013, Studentlitteratur, s. 122.

Gällande utredningen och analysen rörande uppsägningsförbudet har detta enligt min uppfattning i viss del fordrat en annan utgångspunkt vad beträffar rättskällematerial än vad gäller för vilka slags arbetsgivarbyten som omfattas av överlåtelseregleringen. Då uppsägningsförbudet stadgar att en uppsägning på grund av en verksamhetsövergång i sig inte är sakligt grundad återknyter uppsägningsförbudet som rättsföljd till nationell rätt på ett starkare sätt än vad som gäller för att utreda vad som är en verksamhetsövergång. Till skillnad från vad gäller vilka typer av arbetsgivarbyten som omfattas överlåtelseregleringen är relevant praxis gällande uppsägningsförbudet begränsad. Arbetsdomstolen har emellertid i ett antal fall belyst uppsägningsförbudet i samband med pågående offentlig upphandling. I denna del har jag till följd av detta valt att basera min analys på huvudsakligen nationell praxis från Arbetsdomstolen, förarbeten och i viss mån doktrin.

Beträffande huruvida ett krav på personalövertagande kan påverka tillämpligheten av överlåtelseregleringen är detta en fråga som delvis innefattar en analys av tillåtligheten i ett sådant krav enligt det upphandlingsrättsliga regelverket. Tillåtligheten av ett sådant krav är en fråga som enligt min mening kan karaktäriseras som ett oklart rättsläge. Vägledande praxis saknas såvitt jag kan bedöma, doktrin på området är sparsam och nya direktiv på upphandlingsområdet skapar en situation där relevanta rättskällor är svåra att identifiera. Detta har lett till att jag i större utsträckning ämnat belysa argumentationslinjer varvid doktrin och förarbeten har fått en större betydelse. Till följd av att jag uppfattar debatten på området som relativt polariserad och politiskt influerad sett har det enligt min uppfattning funnits anledning att vara kritisk i extra stor utsträckning till olika parter uppfattning i frågan.

## 1.5 Begrepp

Överlåtelsedirektivet enligt den svenska översättningen använder sig av formuleringen *överlåtelse* av företag, verksamhet eller delar av företag eller verksamheter. Den svenska implementeringsregleringen i 6 b § LAS använder sig däremot av formuleringen *övergång* av ett företag, en verksamhet eller en del av verksamhet. Situationerna som omfattas av regleringen har i svensk doktrin kommit att kallas för *verksamhetsövergång*. Av förarbetena till de svenska implementeringsreglerna framgår att det inte ska föreligga någon rättslig skillnad mellan begreppen övergång och överlåtelse.<sup>9</sup> Begreppen har således inte olika betydelse vad gäller att beskriva de situationer som omfattas av överlåtelsedirektivet respektive de svenska implementeringsreglerna.<sup>10</sup>

Jag använder begreppet *överlåtelseregleringen* för att benämna såväl överlåtelsedirektivet och de nationella implementeringsbestämmelserna i sin helhet. Överlåtelsedirektivet har implementerats i svensk rätt på ett sätt som närmast identiskt överensstämmer med direktivet. Direktivets ordalydelse samt EU-domstolens praxis avseende direktivet får direkt betydelse för tolkningen av de svenska reglerna. Det finns därför enligt min uppfattning inte någon anledning att särskilja direktivet och de nationella reglerna åt inom ramen för denna uppsats.

## 1.6 Disposition

Uppsatsens huvuddel är uppbyggd kring tre kapitel, kapitel 2-4, som var för sig avslutas med ett analysavsnitt. Dessa kapitel kan uppfattas som förhållandevis självständiga sett till den rättsliga ramen då de behandlar olika aspekter av samma övergripande problematik.

Respektive kapitel bygger dock på slutsatserna som presenteras i de föregående kapitlen, vilket delvis får den effekten att kapitel 2 inledningsvis blir en aning mer allmänt hållet.

Uppsatsen avslutas med en sammanfattande analys där perspektiven vägs samman.

För att skapa en grundläggande förståelse för problematiken inleds uppsatsen med en översikt över överlåtelseregleringen i kapitel 2. I detta kapitel behandlas förutsättningarna för regleringens tillämplighet vid entreprenörsbyten till följd av offentlig upphandling och

---

<sup>9</sup> Prop. 1994/95:102, Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar, s. 41.

<sup>10</sup> Mulder, Bernard Johann, Anställningen vid verksamhetsövergång, 2004, Juristförlaget i Lund, s. 51 f.

särskilda ändamålsöverväganden därav. Kapitel 2 berör i huvudsak den övertagande entreprenörens eventuella kringgåendemöjligheter.

Kapitel 3 berör uppsägningsförbudet, ett av de viktigaste instrumenten i överlåtelseregleringen. Kapitlet behandlar problematik kopplad till vilka möjligheter en befintlig entreprenör har att säga upp personal under pågående offentlig upphandling varvid återkoppling sker till slutsatserna som kan dras utifrån utredningen i kapitel 2.

Kapitel 4 behandlar en upphandlande myndighets möjlighet att påverka överlåtelseregleringens tillämplighet genom krav på personalövertagande. Läsaren får i denna del en övergripande redogörelse för upphandlingsregleringens ändamål och problematiken avseende tillåtligheten gällande krav på personalövertagande sett ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv.

I kapitel 5 redovisas min slutanalys som sammanfattar och utvecklar slutsatser som presenterats tidigare i uppsatsen.

## 2 Överlåtelsedirektivet

För att utreda parternas möjligheter att styra över om överlåtelseregleringen ska bli tillämplig och hur detta påverkar regleringens möjlighet att uppnå sitt ändamål krävs inledningsvis en översikt beträffande överlåtelsedirektivet. I detta kapitel behandlas därför inledningsvis de grundläggande förutsättningarna för regleringens tillämplighet generellt. Därefter redogörs för regleringens tillämplighet vid entreprenörsbyten generellt samt vid offentlig upphandling och de särskilda överväganden dessa situationer kräver. Avslutningsvis fokuseras på de mer specifika förutsättningarna för regleringens tillämplighet i den relevanta kontexten och hur detta kan anses skapa kringgåendemöjligheter.

### 2.1 Bakgrund och syfte

Överlåtelsedirektivet, direktiv 2001/23/EG, stipulerar arbetsrättsligt skydd för arbetstagares i situationer där ett företag eller en verksamhet övergår från en arbetsgivare till en annan. I sådana fall ska under vissa förutsättningar de anställda ha rätt att åberopa sina anställningsavtal gentemot den övertagande arbetsgivaren. Genom en partsväxlingsmodell övertar den nya arbetsgivaren rättigheter och skyldighet enligt de gällande anställningsavtalen i de fall som omfattas av regleringen.<sup>11</sup> Arbetstagarna ges således möjligheten till fortsatt anställning trots att verksamheten de arbetar upphör i deras tidigare arbetsgivares regi. Direktivets kärnpunkter implementerades i svensk rätt i och med Sveriges inträde i EU i form av 6 b § LAS respektive 7 § 3 st. LAS samt 28 § lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet (MBL). Direktivet har blivit ett betydelsefullt inslag i svensk rätt och har gett upphov till många tolkningsproblem, och därav en omfattande praxis.<sup>12</sup> Det bör noteras att överlåtelseregleringen är tvingande till arbetstagarnas fördel i den meningen att den inte kan avtalas bort.<sup>13</sup>

Nuvarande överlåtelsedirektiv är en utvecklad version av det ursprungliga överlåtelsedirektivet som antogs 1977.<sup>14</sup> Bakgrunden till det ursprungliga direktivets uppkomst var en ökad mängd företagsöverlåtelser inom medlemsstaterna.

---

<sup>11</sup> Mulder, 2004, s. 282.

<sup>12</sup> Nyström, Birgitta, EU och arbetsrätten, 2011, Norstedts Juridik, s. 259.

<sup>13</sup> Mål C-324/86 *Daddy's dance hall* par 15.

<sup>14</sup> Rådets direktiv 77/178/EEG av den 14 februari 1977 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter.



Anställningsskyddet hade visat sig allt mer ineffektivt i förhållande till den snabba ekonomiska utvecklingen, vilket bland annat ledde till massuppsägningar inom flera medlemsstater.<sup>15</sup> Till följd av denna utveckling ansågs det viktigt att genom gemenskapsrättsliga bestämmelser säkerställa anställningsskydd i sådana situationer.<sup>16</sup> I det ursprungliga direktivets ingress lyftes fram att det fanns skillnader mellan medlemsstaterna gällande anställningsskydd vid företagsöverlåtelser. Det ansågs eftersträvansvärt att minska dessa diskrepanser eftersom de kunde anses ha inverkan på den inre marknadens funktion.<sup>17</sup> Direktivets tillkomst kan således sägas både motiverades av arbetsskyddshänsyn och av syftet att främja den inre marknaden.<sup>18</sup> EU-domstolen har i sin praxis kring överlåtelsedirektivet konsekvent lagt stor vikt vid att tolka bestämmelserna i ljuset av dess skyddssyfte.<sup>19</sup>

I en övergångssituation som faller inom direktivets tillämpningsområde övergår per automatik arbetsgivarskyldigheterna från överlåtande till förvärvande arbetsgivare, vilket följer av artikel 3.1 i överlåtelsedirektivet samt 6 b § LAS. En arbetstagare som är anställd i den överlåtna verksamheten vid tidpunkten för övergången kan således åberopa sitt anställningsavtal med bibehållna villkor gentemot den nya arbetsgivaren.<sup>20</sup> Den nya arbetsgivaren har även skyldighet att gällande de berörda arbetstagarna beakta villkoren i det kollektivavtal som den tidigare arbetsgivaren var bunden av, tills dess kollektivavtalets giltighetstid löper ut eller ett nytt kollektivavtal sluts, se artikel 3.3 i överlåtelsedirektivet samt 28 § MBL. Det finns naturligtvis ingen skyldighet för arbetstagarna att övergå till en ny arbetsgivare, arbetstagarna kan välja att stanna kvar hos den tidigare entreprenören.<sup>21</sup> I en sådan situation riskerar de dock att sägas upp på grund av uppkommen arbetsbrist hos den tidigare arbetsgivaren.

Rätten att åberopa sitt anställningsavtal gentemot den nya arbetsgivaren kompletteras med en inskränkning i den överlåtande arbetsgivarens uppsägningsskyldigheter. Den överlåtande arbetsgivaren får inte säga upp arbetstagare på grund av en verksamhetsövergång i sig. Detta

---

<sup>15</sup> Mulder, 2004, s. 119.

<sup>16</sup> Direktiv 77/197/EEG ingress par 1.

<sup>17</sup> Direktiv 77/197/EEG ingress par 3-4.

<sup>18</sup> Pourbaix, Nicolas, Public procurement contracts: the impact of the Acquired Rights Directive, Public Procurement Law review, utgåva 5 2006 sidorna 241-252, s. 241.

<sup>19</sup> Mulder, 2004, s. 121. Se även Nyström, 2011, s. 260.

<sup>20</sup> Lunning, Lars, Tojjer, Gudmund, Anställningsskydd - en lagkommentar, 2010, Norstedts Juridik, s. 283.

<sup>21</sup> Nyström, Birgitta, Överlåtelsedirektivets tillämpning vid övergång av offentlig verksamhet, i Ekund, Ronnie m.fl. (red.), Festskrift till Hans Stark, 2001, Jure, s. 218.

s.k. *uppsägningsförbud* stipuleras i artikel 4.1 i överlåtelsedirektivet och har implementerats i svensk rätt i form av 7 § 3 st. LAS. Uppsägningsförbudet berörs närmare i kapitel 3.

Genom sin ordalydelse knyter de svenska implementeringsbestämmelserna i LAS an till förutsättningarna för överlåtelsedirektivets tillämplighet.<sup>22</sup> För svensk del innebar implementeringen av överlåtelsedirektivet en betydande förändring av anställningsskyddet vid företagsöverlåtelser. Enligt den tidigare ordningen fanns inte någon rättighet för arbetstagare att följa med verksamheten till en ny arbetsgivare. Eftersom en övergång av en verksamhet ofta föranleder en driftsinskränkning och därmed övertalighet var en sådan situation i allmänhet saklig grund för uppsägning på grund av arbetsbrist.<sup>23</sup>

Till följd av att den svenska regleringen bygger direkt på EU-direktiv är det bakomliggande överlåtelsedirektivet och de tolkningar som EU-domstolen utvecklat i praxis direkt avgörande för hur de svenska reglerna ska tillämpas.<sup>24</sup> Utredningen i kommande avsnitt kommer därför i stor utsträckning att beröra under vilka förutsättningar överlåtelsedirektivet tillämpas och därtill relevant praxis från EU-domstolen.

## 2.2 Grundläggande förutsättningar för tillämplighet

Överlåtelsedirektivet tillämpas i en situation som kan beskrivas som en överlåtelse av ett företag, en verksamhet eller del av ett företag eller en verksamhet till en annan arbetsgivare genom lagenlig överlåtelse eller fusion, enligt art 1.1.a. I ett försök att förtydliga vad som avses med en sådan överlåtelse implementerades 1998 art 1.1b, som ytterligare definierar vad som avses med en överlåtelse enligt direktivet. Enligt art 1.1.b beskrivs överlåtelse i direktivets mening som *överlåtelse av en ekonomisk enhet, som behåller sin identitet och varmed förstås en organiserad gruppering av tillgångar som har till syfte att bedriva en ekonomisk verksamhet, vare sig denna utgör huvud- eller sidoverksamhet.*

För att avgöra om en situation utgör en överlåtelse som direktivet ska tillämpas på måste det med andra ord ske en lagenlig överlåtelse, jag bortser i denna uppsats från fusionssituationer,

---

<sup>22</sup> Prop. 1994/95:102 s. 80.

<sup>23</sup> Prop. 1994/95:102 s. 40. Se även Adlercreutz, Axel, Mulder, Bernard Johann, Svensk arbetsrätt, 2013, Norstedts juridik, s. 196.

<sup>24</sup> Prop. 1994/95:102 s. 80. Se även Lunning & Toijer, 2010, s. 300 f.

av en ekonomisk enhet som genom överlåtelsen bibehåller sin identitet. Direktivets ordalydelse ger dock liten vägledning om vad dessa rekvisit innebär.

Med kravet på *lagenlig överlåtelse* avses att en transaktion först och främst måste innebära ett arbetsgivarbyte, vilket framgår direkt av direktivets ordalydelse. Emellertid är det inte närmare definierat vad lagenlig överlåtelse innebär och vad som faller utanför definitionen. I EU-domstolens praxis framgår att begreppet kan omfatta en rad olika situationer där inte bara förvärv av hela organisationer inbegrips.<sup>25</sup> Kravet på lagenlig överlåtelse ska förstås som att en övergång av verksamhet måste ske i en avtalsenlig kontext.<sup>26</sup> Detta betyder dock inte att övergången av verksamheten måste ske som en följd av ett direkt avtal mellan två arbetsgivare. Även indirekta rättsliga samband genom en tredje part, exempelvis en huvudman i ett entreprenörsbyte, kan uppfylla kravet på lagenlig överlåtelse.<sup>27</sup> Detta innebär att de inblandade arbetsgivarna kan bindas av direktivets tillämplighet även när de inte har haft avsikten att det ska bli någon överlåtelse mellan dem.<sup>28</sup> Vad gäller tillämpligheten på entreprenörsbyten har framhållits att vad som anses utgöra en lagenlig överlåtelse har fått en allt för vidsträckt innebörd.<sup>29</sup> Motivet till denna relativt långtgående definition kan förklaras med hänsyn till direktivets skyddssyfte. Om det vore en förutsättning för direktivets tillämplighet att parterna har ett direkt rättsligt samband skulle det finnas risk för kringgåendemöjligheter.<sup>30</sup> Dessa ändamålsöverväganden har lett till att kritiken i fråga inte har fått genomslag i praxis, varvid kravet på lagenlig överlåtelse inte utesluter direktivets tillämplighet vid entreprenörsbyten.<sup>31</sup> Det bör även påpekas att eftersom att kravet på lagenlig överlåtelse även innefattar att det sker ett arbetsgivarbyte så omfattas inte rena företagsförvärv i form av aktieöverlåtelser av direktivets tillämpningsområde eftersom det då endast rör sig om ett ägarbyte.<sup>32</sup>

Om kravet på lagenlig överlåtelse kan beskrivas som ett kriterium gällande formen för övergången i fråga är nästa huvudfråga vad som innefattas i begreppet *överlåtelse av*

---

<sup>25</sup> Mulder, 2004, s. 213.

<sup>26</sup> Källström, Kent, Malmberg, Jonas, Anställningsförhållandet – inledning till den individuella arbetsrätten, 2013, Iustus, s. 281.

<sup>27</sup> Mulder, 2004, s. 216.

<sup>28</sup> Förenade målen C-144/87 och C-145/87 *Berg v Besselsen* par 19.

<sup>29</sup> Se generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-51/00 *Temco*.

<sup>30</sup> Mulder, 2004, s. 216.

<sup>31</sup> Mulder, 2004, s. 219.

<sup>32</sup> Iseskog, Tommy, Anställningsskydd vid verksamhetsövergång, 2003, Norstedts juridik, s. 7 f.

*ekonomisk enhet som bibehåller sin identitet.* En ekonomisk enhet kan betraktas som ett samlingsbegrepp för såväl företag som verksamhet och definieras som en organiserad gruppering av tillgångar vars syfte är att bedriva ekonomisk verksamhet. Begreppet ekonomisk enhet har kommit att få en relativt vidsträckt innebörd och omfattar inte enbart större organisationer. EU-domstolen slog i *Süzen*<sup>33</sup> fast att enbart en gruppering arbetstagare som under en längre period förenas i ett gemensamt syfte kan i sig betraktas som en ekonomisk enhet, och övergången av personalen kan därmed principiellt omfattas av direktivets tillämpningsområde.<sup>34</sup> Denna fråga behandlas närmare under avsnitt 2.3-4.

För att avgöra om det föreligger en överlåtelse av en ekonomisk enhet med bibehållen identitet ges vägledning från ett av EU-domstolens tidigaste rättsfall gällande direktivet, det så kallade *Spijkers*-målet.<sup>35</sup> I *Spijkers* stadgades att för att avgöra om en transaktion omfattas av direktivet ska en helhetsbedömning göras gällande alla omständigheter i fråga men att det avgörande var huruvida det skett en överlåtelse av en så en bestående ekonomisk enhet med bibehållen identitet.<sup>36</sup> Det avgörande för att bedöma om så var fallet skulle enligt domstolen läggas särskild vikt vid ett antal faktorer som blivit kända som *Spijkers*-kriterierna:<sup>37</sup>

1. Arten av företag eller verksamhet
2. Huruvida materiella tillgångar övergår eller inte
3. Värdet av de immateriella tillgångarna vid överlåtelsen
4. Huruvida majoriteten av de anställda tas över av förvärvaren
5. Huruvida verksamhetens kunder övergår
6. Graden av likhet mellan överlåtarens och förvärvarens verksamhet
7. Om, och i så fall hur länge, verksamheten varit inaktiv

*Spijkers*-kriterierna ger således vägledning i bedömningen av huruvida en ekonomisk enhet övergått med bibehållen identitet, och därmed även om direktivet ska tillämpas på ett specifikt arbetsgivarbyte. Domstolen påpekade att det är en helhetsbedömning som ska göras, att kriterierna inte var uttömmande och att de inte skulle bedömas isolerat.<sup>38</sup> Kriterium 4,

---

<sup>33</sup> Mål C-13/95 *Süzen*.

<sup>34</sup> Mål C-13/95 *Süzen* par 21.

<sup>35</sup> Mål C-24/85 *Spijkers*.

<sup>36</sup> Mål C-24/85 *Spijkers* par 11.

<sup>37</sup> Mål C-24/85 *Spijkers* par 13.

<sup>38</sup> Mål C-24/85 *Spijkers* par 13.

övertagande av de anställda, förtjänar att kort uppmärksammas extra i sammanhanget. Som redogjorts för tidigare i detta avsnitt är den huvudsakliga rättsföljden av en överlåtelse i direktivets mening att de anställda per automatik övergår till den övertagande arbetsgivaren. Samtidigt ska det vid frågan om någon sådan överlåtelse överhuvudtaget har skett ges betydelse huruvida personalen övergått eller inte. En eventuell förutsättning för direktivets tillämplighet blir således även rättsföljd, något som kan betraktas som ett cirkelresonemang.<sup>39</sup>

Andemeningen i helhetsbedömningen kan beskrivas som att en transaktion i direktivets mening innebär att den övertagande arbetsgivaren ska kunna fortsätta bedriva den verksamhet som den tidigare arbetsgivaren bedrev.<sup>40</sup> Det får i denna del betydelse vid helhetsbedömningen enligt *Spijkers*-kriterierna vilken typ av verksamhet som bedrivs i det aktuella fallet där vissa omständigheter får större inverkan än andra. Denna fråga berörs närmare i avsnitt 2.4 i syfte att utreda arbetsgivarnas möjlighet att påverka direktivets tillämplighet.

### **2.3 Regleringens tillämplighet vid entreprenörsbyten**

Överlåtelsedirektivets tillämplighet på entreprenörsbyten har varit en av de frågor som har varit mest svårhanterliga för EU-domstolen i sammanhanget.<sup>41</sup> Eftersom direktivets tillämplighet bygger på en jämförelse av två arbetsgivares verksamheter efter en transaktion, enligt den helhetsbedömning som beskrivits i föregående avsnitt, blir situationer där någon större koppling inte finns mellan arbetsgivarna svårbedömda. Entreprenörsbyten i sin renaste form innebär i stort sett ingen annan koppling mellan entreprenörerna än att just själva uppdraget övergår, varvid det kan vara svårt att göra en likhetsbedömning. Denna omständighet föranledde tidigt i EU-domstolens praxis en rad rättsfall fokuserade på frågan om direktivet överhuvudtaget kunde tillämpas vid entreprenörsbyten. Utgången i *Temco*<sup>42</sup>, och generaladvokat Geelhoeds förslag till dom i fallet, är illustrativa i sammanhanget för att belysa de frågor som har upplevts som kontroversiella och problematiska gällande överlåtelsedirektivets tillämplighet vid entreprenörsbyten.

---

<sup>39</sup> Blekemo, Annika, En verksamhet är en verksamhet är en verksamhet, i Ahlberg, Kerstin m.fl. (red.), Vänbok till Ronnie Eklund, 2010, Iustus, s. 59. Se även Lunning & Toijer, 2010, s. 284.

<sup>40</sup> Lunning & Toijer, 2010, s. 284.

<sup>41</sup> Mulder, 2004, s. 167.

<sup>42</sup> Mål C-51/00 *Temco*.

I *Temco* hade Volkswagen sedan tidigare lagt ut städningen av sina lokaler på entreprenad till BMV. BMV i sin tur lade ut städningen på underentreprenad till GMC. I ett senare skede sade Volkswagen upp avtalet med GMC och tilldelade istället Temco städkontraktet. Enligt kollektivavtal var Temco skyldiga att överta viss andel av GMC:s arbetstagare. Det fanns emellertid några kvarvarande arbetstagare hos GMC som GMC inte kunde säga upp på grund av kollektivavtalet. GMC hävdade att arbetsgivaransvaret för även dessa arbetstagare övergått till Temco enligt kollektivavtalet, vilket Temco bestred. Arbetstagarna väckte talan mot de bägge parterna och den nationella domstolen begärde förhandsavgörande för att avgöra om direktivet kunde vara tillämpligt när en överlåtare endast är underentreprenör. GMC hade aldrig något avtalsförhållande med uppdragsgivaren Volkswagen.

Domstolen inledde med att konstatera att det avgörande för om en övergång faller inom direktivets tillämplighet är om enheten i fråga behåller sin identitet, i enlighet med *Spijkers*-kriterierna.<sup>43</sup> Därefter gick domstolen vidare för att avgöra om överlåtelsen av den ekonomiska enheten skett till följd av en lagenlig överlåtelse. Temco hade i denna del invänt att så inte kan vara fallet när överlåtaren inte hade något avtalsförhållande mellan den som tidigare utförde verksamheten, GMC, och den som övertog verksamheten, Temco. Detta avfärdande EU-domstolen genom att hänvisa till tidigare praxis om att en lagenlig överlåtelse enligt direktivet kan ske i flera steg, exempelvis genom att en uppdragsgivare vid ett entreprenörsbyte är den gemensamma faktorn mellan förvärvare och överlåtare. Det faktum att överlåtaren GMC i det här fallet i sin tur byggde sitt avtalsförhållande till förvärvaren Temco genom ytterligare ett steg, via BMV, uteslöt inte direktivets tillämplighet. EU-domstolen konstaterade även att ett avtalsförhållande i direktivets mening kan föreligga genom direkt och faktisk anknytning mellan en entreprenör och huvudman, exempelvis genom övervakning och daglig kontroll över det aktuella arbetet.<sup>44</sup> Domstolens slutsats blev således att övergången i det aktuella fallet kunde falla inom direktivets tillämplighetsområde.<sup>45</sup> Man gick dock inte vidare med att pröva huruvida så faktiskt var fallet utan lämnade den bedömningen åt den nationella domstolen.

---

<sup>43</sup> Mål C-51/00 *Temco* par 23.

<sup>44</sup> Mål C-51/00 *Temco* par 31-32.

<sup>45</sup> Mål C-51/00 *Temco* par 33.

Generaladvokaten Geelhoeds förslag till dom i *Temco* skiljde sig i många delar från EU-domstolens resonemang.<sup>46</sup> Generaladvokaten ansåg inte att direktivet var tillämpligt på övergången i fråga och hänvisade i synnerhet till att större hänsyn borde tas till tjänsteentreprenaders säregna karaktär. Han lyfte fram att tjänsteentreprenadavtal utmärks av tidsbegränsade avtal av varierande längd och att vid avtalstidens slut kvarstår förmodligen arbetsuppgifterna i sig, vilket kommer att innebära en konkurrensutsättning. Geelhoed menade även att höga personalkostnader och stor personalomsättning var karakteristiska för entreprenadbranschen.<sup>47</sup> Enligt Geelhoed borde inte direktivet tillämpas på entreprenörbyten eftersom detta riskerade att skada den dynamiska entreprenadmarknaden då en potentiell skyldighet att överta arbetstagare skulle innebära minskat incitament för en anbudsgivare att vinna kontraktet. Generaladvokatens argument byggde således på att överlåtelsedirektivets alltför vidsträckt tolkning skulle vara konkurrensbegränsande genom att lägga alltför tung börda på arbetsgivarna.<sup>48</sup> Han gör även en jämförelse med ett klassiskt företagsförvärv där han menar att ett obligatoriskt personalövertagande utgör en naturlig del av en förvärvares normala risktagande, något som han dock inte anser är fallet vad gäller övertagande av en entreprenad. Generaladvokaten hänvisade till att det föreligger en betydande skillnad i att aktivt köpa en verksamhet och att konkurrera om ett avtal. Geelhoed menade även att arbetstagarnas skyddsintresse, och direktivet i allmänhet, fick oproportionerligt stor hänsyn på bekostnad av marknadsekonomiska principer om avtals- och näringsfrihet.<sup>49</sup>

Vid helhetsbedömningen ansåg generaladvokaten att domstolen borde ta hänsyn till entreprenadmarknadens särskilda karaktär.<sup>50</sup> Rörande identitetsfrågan ansåg generaladvokaten att det faktum att personalen övergår vid ett entreprenörbyte är ett naturligt uttryck för hur entreprenadmarknaden fungerar och att det därför inte säger någonting om en verksamhets identitet. Personalövertagande skulle därför enligt Geelhoed inte ges någon relevans vid helhetsbedömningen.<sup>51</sup>

Avslutningsvis förde generaladvokaten ett resonemang om att det vore underligt om en ny entreprenör är skyldig att överta tidigare entreprenörs personal i en verksamhet som baseras

---

<sup>46</sup> Mål C-51/00 *Temco* generaladvokatens förslag till avgörande.

<sup>47</sup> Mål C-51/00 *Temco* generaladvokatens förslag till avgörande par 34-35.

<sup>48</sup> Mål C-51/00 *Temco* generaladvokatens förslag till avgörande par 38.

<sup>49</sup> Mål C-51/00 *Temco* generaladvokatens förslag till avgörande par 39-40.

<sup>50</sup> Mål C-51/00 *Temco* generaladvokatens förslag till avgörande par 43-45.

<sup>51</sup> Mål C-51/00 *Temco* generaladvokatens förslag till avgörande par 63.

på arbetskraft eftersom det i sådana verksamheter är det just personalens bedrifter som är konkurrensmedlet. Om huvudmannen valt att avsluta uppdraget med en ursprunglig entreprenör kan ju detta tänkas bero på att personalen inte varit tillfredsställande, och därför bör den heller inte övergå till en ny entreprenör. Likaså ansåg generaladvokaten att en alltför extensiv tolkning av direktivet skapar godtycke och rättsosäkerhet på entreprenadmarknaden.<sup>52</sup>

Generaladvokatens uppfattning kan kritiseras. Mulder anser att generaladvokaten uppfattar direktivets tillämplighet som alltför extensivt och att han bortser från direktivets tydliga skyddssyfte för arbetstagarna.<sup>53</sup> Mulder tycks trots detta vara positivt inställd till generaladvokatens argumentation kring varför kravet på lagenlig överlåtelse och rättsligt samband inte bör tolkas extensivt i entreprenadsituationer med hänsyn till konkurrensmässiga skäl och rättsäkerhet.<sup>54</sup>

Oavsett vilken uppfattning man har om hållbarheten i generaladvokatens resonemang till dom följde inte domstolen dennes marknadsbetonade argumentation i *Temco*, och har heller inte heller gjort i senare praxis. Det går således att konstatera att överlåtelseregleringen är tillämplig vid entreprenörsbyten trots dess potentiellt negativa effekter för entreprenörerna.

### **2.3.1 Förhållandet till offentlig upphandling**

Utöver direktivets tillämplighet på entreprenörsbyten i sig har även entreprenörsbyten i samband med offentlig upphandling gett upphov till särskilda överväganden från EU-domstolens sida. I detta sammanhang har *Liikenne*<sup>55</sup> varit ett betydelsefullt avgörande. Avgörandet skildrar enligt min uppfattning väl hur överlåtelseregleringens tillämplighet i det konkurrensfrämjande upphandlingsförfarandet kan anses skapa problematik utifrån respektive reglerings skilda ändamål.

I *Liikenne* hade företaget Hakunilan sedan tidigare haft uppdrag att bedriva busstrafik åt kollektivtrafiken i Helsingfors. Genom ett offentlig upphandlingsförfarande tilldelade den offentliga aktören istället driften av busslinjerna till Liikenne. Detta ledde till att Hakunilan

---

<sup>52</sup> Mål C-51/00 *Temco* generaladvokatens förslag till avgörande par 67.

<sup>53</sup> Jfr Mulder, 2004, s. 195.

<sup>54</sup> Mulder, 2004, s. 219.

<sup>55</sup> Mål C-172/99 *Liikenne*.



sade upp ett antal arbetstagare. Flera av dessa sökte, och fick, jobb hos Liikenne – dock till sämre villkor än vad de tidigare haft.<sup>56</sup> Finska Högsta domstolen begärde förhandsavgörande av EU-domstolen på två grunder. För det första ansåg man att begreppet överlåtelse av verksamhet var oklart, specifikt i situationer där det inte fanns något direkt rättsligt samband mellan överlåtare och förvärvare. För det andra ansåg finska Högsta domstolen att det var oklart hur överlåtelsedirektivet förhöll sig till upphandlingsdirektivet, och bad därför EU-domstolen att klargöra sambandet mellan direktiven. Finska Högsta domstolen hänvisade till att tillämpningen av överlåtelsedirektivet i sammanhanget offentlig upphandling kunde hindra konkurrens mellan anbudsgivare och skada det effektivitetsmål som upphandlingsdirektivet uppställde.<sup>57</sup>

Liikenne menade att överlåtelsedirektivet inte borde tillämpas på upphandlingar av vägtransporttjänster överhuvudtaget eftersom detta skulle innebära att det företag som vinner en sådan upphandling måste åta sig skyldigheter som det inte på förhand har kännedom om, varvid man åsyftade övertagande entreprenörs skyldighet att överta befintlig entreprenörs personal.<sup>58</sup>

EU-domstolen inledde med att konstatera att överlåtelsedirektivet kunde vara tillämpligt i situationer där entreprenörsbyte sker efter beslut från ett offentlighetsorgan.<sup>59</sup> Vidare ansåg man att samma resonemang måste kunna tillämpas även när entreprenörsbytet sker till följd av ett offentligt upphandlingsförfarande eftersom det i vare sig upphandlingsdirektivet eller överlåtelsedirektivet fanns något uttryckligt hinder mot att direktiven tillämpas i kombination. Domstolen bemötte även Liikennes uppfattning om att överlåtelsedirektivets tillämpning i samband med offentlig upphandling skulle leda till negativa effekter och strida mot upphandlingsdirektivets syften. EU-domstolen menade i denna del att upphandlingsdirektivet inte på något sätt syftar till att frigöra anbudsgivarna eller de upphandlande myndigheterna från tillämplig lagstiftning som kunde hindra anbudslämnande. Syftet med direktivet var att skapa samma förutsättningar för anbudsgivarna att utnyttja sin etableringsfrihet.<sup>60</sup> Inom ramen för lagstiftningen kunde därför aktörerna konkurrera på olika sätt genom sina anbud, exempelvis vad gäller vinstmarginal och kvalitén i verksamheten.

---

<sup>56</sup> Mål C-172/99 *Liikenne* par 9.

<sup>57</sup> Mål C-172/99 *Liikenne* par 13.

<sup>58</sup> Mål C-172/99 *Liikenne* par 16.

<sup>59</sup> Mål C-172/99 *Liikenne* par 19.

<sup>60</sup> Mål C-172/99 *Liikenne* par 21-22.

Domstolen ansåg vidare att en anbudsgivare skulle kunna bedöma huruvida man hade intresse att köpa materiella tillgångar från den tidigare entreprenören eller ta över hela eller delar av dennes personalstyrka på frivillig basis men även huruvida man i den specifika situationen var skyldig att överta personalen p.g.a. att överlåtelsedirektivet var tillämpligt.<sup>61</sup> Övertagande entreprenör hade därför enligt domstolen ansvaret för att analysera huruvida överlåtelsedirektivets var tillämpligt vid en upphandling och vad konsekvenserna av detta skulle bli. Att arbetsgivaren måste göra en sådan analys menade domstolen var en aspekt av den fria konkurrensen. Domstolen avfärdade även med samma resonemang Liikennes argumentation om att överlåtelsedirektivet inte borde tillämpas vid offentlig upphandling eftersom en anbudsgivare inte kunde förutse om direktivet skulle tillämpas. Domstolen ansåg att osäkerhetsmoment i olika former är en naturlig del av konkurrensområdet och något som anbudsgivarna själva måste ansvara för genom att göra realistiska bedömningar utifrån omständigheterna i fråga.<sup>62</sup>

Den finska Högsta domstolens tolkningsfråga besvarades till följd av ovanstående med att överlåtelsedirektivet kunde vara tillämpligt även vid entreprenörsbyte till följd av offentlig upphandling.<sup>63</sup>

En av Liikennes grunder för att det inte skett en övergång enligt överlåtelsedirektivet var att överlåtelsedirektivet inte överhuvudtaget skulle tillämpas på entreprenörsbyten till följd av offentlig upphandling till följd av osäkerhetsfaktorer, vilket domstolen som sagt inte tog hänsyn till i sitt avgörande. Även i generaladvokatens förslag till dom behandlas invändningen. Generaladvokat Léger avfärdade Liikennes resonemang med motiveringen att en anbudsgivare redan innan han lämnar ett anbud vet om han har ett behov av att köpa tillgångar från den befintliga entreprenören eller om han är skyldig att överta hela eller delar av personalen. Generaladvokaten menade även att anbudsgivarna därmed i regel vet om de övertar produktionsfaktorerna med följden att entreprenörsbytet i fråga leder till en verksamhetsövergång enligt överlåtelsedirektivet.<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> Mål C-172/99 *Liikenne* par 23.

<sup>62</sup> Mål C-172/99 *Liikenne* par 24.

<sup>63</sup> Mål C-172/99 *Liikenne* par 25.

<sup>64</sup> Mål C-172/99 *Liikenne* generaladvokatens förslag till avgörande par 35.

Utifrån *Liikenne* är det med andra ord fastslaget att överlåtelseregleringen kan tillämpas i samband med entreprenörsbyten till följd av offentlig upphandling, även om de respektive regleringarna är av olika karaktär och med potentiellt motstridiga syften. I nästa avsnitt redogörs närmare för de mer specifika förutsättningarna som krävs för att ett entreprenörsbyte ska omfattas av överlåtelseregleringens tillämpningsområde.

## 2.4 Betydelsen av produktionsfaktorernas övergång

Som tidigare nämnts ska det vid avgörandet om direktivet ska tillämpas i en specifik situation göras en helhetsbedömning med särskild hänsyn till de sju faktorer som blivit kända som *Spijkers*-kriterierna. Essensen i denna helhetsbedömning är att om den verksamhet som den övertagande entreprenören utför efter entreprenörsbytet i hög grad är likartad den som utfördes av den överlåtande entreprenören så ska direktivet tillämpas. Bedömningen syftar således till att fastställa om det föreligger identitet mellan verksamheterna genom en jämförelse före och efter entreprenörsbytet. Eftersom kravet för direktivets tillämplighet i slutändan är att en ekonomisk enhet med bibehållen identitet övergått så blir helhetsbedömningen med nödvändighet anpassad efter den enskilda situationen.

*Süzen* är ett väsentligt avgörande gällande överlåtelsedirektivets tillämplighet vid entreprenörsbyten. Tolkningsfrågan som EU-domstolen hade till uppgift att besvara var huruvida endast ett byte av entreprenör, d.v.s. att själva uppdraget att utföra samma arbetsuppgifter åt samma huvudman, kunde anses utgöra en överlåtelse i direktivets mening även om inte personal eller materiella tillgångar övergick mellan entreprenörerna. EU-domstolen lade i sin utredning vikt vid att det för direktivets tillämplighet krävdes att en stabil ekonomisk enhet övergått till den övertagande entreprenören. I denna del fastslog domstolen att en sådan enhet inte enbart kan utgöras av själva arbetsuppgifterna i sig. En ekonomisk enhet var tvungen att utgöras av en organisation av personer eller materiella tillgångar som eftersträvade ett särskilt ekonomiskt syfte.<sup>65</sup> Enbart överförandet av arbetsuppgifterna från en entreprenör till en annan kunde således inte anses som en överlåtelse i direktivets mening, eftersom arbetsuppgifterna i sig inte kunde utgöra en ekonomisk enhet.<sup>66</sup> Dock ansåg domstolen, och slog därmed fast ett av rättsfallets avgörande besked, att i verksamheter som i

---

<sup>65</sup> Mål C-13/95 *Süzen* par 13.

<sup>66</sup> Mål C-13/95 *Süzen* par 15.

huvudsak baseras på arbetskraft kunde en gruppering av arbetstagare som varaktigt förenas i ett gemensamt syfte utgöra en ekonomisk enhet i sig.<sup>67</sup>

EU-domstolen gick även in på den principiellt viktiga frågan om det krävdes att materiella tillgångar övergått mellan entreprenörerna för att en överlåtelse i direktivets mening skulle föreligga. Domstolen påpekade härvid att det enligt *Spijkers* skulle göras en helhetsbedömning av samtliga omständigheter, där förvisso övergången av materiella tillgångar var en faktor som skulle tas hänsyn till. Detta innebar emellertid inte att avsaknaden av en sådan övergång av materiella tillgångar var detsamma som att överlåtelseregleringens tillämplighet var utesluten. Domstolen menade att eftersom vissa verksamheter kunde bedrivas helt utan materiella tillgångar måste man vid helhetsbedömningen ta hänsyn till den aktuella verksamheten i fråga för att avgöra vilka *Spijkers*-kriterier som var viktigast att ta hänsyn till.<sup>68</sup> Eftersom den ekonomiska enheten i det aktuella fallet rörde sig om en gruppering av arbetstagare så konstaterade domstolen att en sådan enhet kunde övergå med bibehållen identitet förutsatt att övertagande entreprenör anställde en majoritet, avseende antal och kompetens, av tidigare entreprenörs arbetstagare.<sup>69</sup>

I *Süzen* grundlades således en viktig praxis avseende entreprenörsbyten genom att det klargjordes att endast övergång av arbetsuppgifterna i sig inte kunde anses utgöra en övergång i direktivets mening. Samtidigt fastslogs att en gruppering av arbetstagare i sig kunde utgöra en ekonomisk enhet som kunde övergå med identitet. Dock gav *Süzen* även beskedet att en förutsättning för direktivets tillämplighet var att antingen materiella tillgångar eller personal övergått till den övertagande entreprenören.<sup>70</sup> *Süzen* utgör även grunden för en utveckling i essentiell praxis gällande direktivets tillämplighet vid entreprenörsbyten: att övergången av materiella tillgångar eller personal vid helhetsbedömning får varierande betydelse beroende på vilken typ av verksamhet det rör sig om. I *Süzen* ansågs verksamheten bygga på i huvudsak personal, vilket även föranledde att det inte var avgörande att de materiella tillgångarna övergått.

---

<sup>67</sup> Mål C-13/95 *Süzen* par 21.

<sup>68</sup> Mål C-13/95 *Süzen* par 18.

<sup>69</sup> Mål C-13/95 *Süzen* par 21.

<sup>70</sup> Garde, Amandine, Recent developments in the law relating to transfers of undertakings, Common Market Law Review, nr. 39, sidorna 523-550, 2002, s. 525.

Denna inriktning av viktning av *Spijkers*-kriterierna som grundlades i *Süzen* bekräftades senare i *Hernández Vidal*<sup>71</sup> och *Sánchez Hidalgo*<sup>72</sup>. Tuggummitillverkaren Hernández Vidal hade sedan tidigare lagt ut städningen av sina lokaler på entreprenad. Till följd av att Hernández Vidal i fortsättningen ville städa lokalerna i egen regi sade man upp avtalet med entreprenören. Följden av detta blev att de anställda hos entreprenören blev uppsagda. Arbetstagarna menade att det skett en övergång enligt överlåtelsedirektivet och att de därför hade rätt till fortsatt anställning hos Hernández Vidal, vilket dessa bestred. Domstolen hänvisade till tidigare praxis i *Süzen* och konstaterade att en ekonomisk enhet kan bestå av endast personal. I en verksamhet som baseras huvudsakligen på arbetskraft kunde således en övergång ske även utan att några materiella tillgångar övergått, förutsatt att majoriteten av personalen övergått.<sup>73</sup> Även i *Sánchez Hidalgo* ansåg domstolen att en ekonomisk enhet kan bestå av endast arbetstagare i brist på andra produktionsfaktorer.<sup>74</sup> Likaså ansåg domstolen i *Sánchez Hidalgo* att det vid helhetsbedömningen måste tas hänsyn till den aktuella verksamheten eftersom vissa ekonomiska enheters identitet knappast kan kopplas till materiella tillgångar om sådana inte utgör en förutsättning för verksamhetens funktionssätt.<sup>75</sup>

EU-domstolens resonemang i *Süzen*, *Hernández Vidal* och *Sánchez Hidalgo* skapade således en praxis som utvecklade dels vad som är en ekonomisk enhet, men i synnerhet hur helhetsbedömningen utifrån *Spijkers*-kriterierna ska tillämpas i entreprenadsituationer. Helhetsbedömningen skulle inte betraktas som en check-lista där det exempelvis var en förutsättning att materiella tillgångar övergått. En sådan inställning skulle leda till att verksamheter som inte byggde på några materiella tillgångar, såsom städning, inte omfattades av direktivets anställningsskydd – vilket knappast kunde anses ändamålsenligt.<sup>76</sup> Istället måste hänsyn tas till vad som är produktionsfaktorerna i den enskilda verksamheten, och huruvida dessa övergått, eftersom det är produktionsfaktorn som utgör kärnan i den ekonomiska enheten och därmed även utgör dess identitet.

---

<sup>71</sup> Förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97 *Hernández Vidal*.

<sup>72</sup> Förenade målen C-173/96 och C-247/96 *Sánchez Hidalgo*.

<sup>73</sup> Förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97 *Hernández Vidal* par 31-32.

<sup>74</sup> Förenade målen C-173/96 och C-247/96 *Sánchez Hidalgo* par 26.

<sup>75</sup> Förenade målen C-173/96 och C-247/96 *Sánchez Hidalgo* par 31.

<sup>76</sup> Garde, 2002, s. 529.

#### 2.4.1 Personalbaserade och materialbaserade verksamheter

För att avgöra vad som är produktionsfaktorerna i det enskilda fallet har EU-domstolen i sin praxis utformat en uppdelning av två olika former av verksamheter: sådana som förutsätter materiella produktionsfaktorer och sådana som baseras på arbetskraft.<sup>77</sup> Domstolen kan i denna del sägas ha gjort en hierarkisk indelning av betydelsen av materiella tillgångar och personalbaserad verksamhet, där personalövergången endast får direkt avgörande betydelse i verksamheter som inte förutsätter några materiella tillgångar.<sup>78</sup> I verksamheter som endast baseras på arbetskraft, och således inte behöver materiella tillgångar, är det inte nödvändigt att materiella tillgångar övergår. På motsvarande sätt är det avgörande att personalen övergår i sådan personalbaserad verksamhet. I verksamheter som förutsätter materiella tillgångar är det dock inte tillräckligt att endast personalen övergår. De båda kriterierna, som grundlades redan i *Spijkers*, får således olika stor betydelse beroende på om en verksamhet kan betraktas som materialbaserad eller personalbaserad. Garde menar att denna praxis kan tänkas skapa vissa möjligheter för entreprenörerna att strukturera sin verksamhet på ett sätt som gör att direktivet inte blir tillämpligt.<sup>79</sup> Vikten av produktionsfaktorernas övergång har prövats i en rad olika typer av verksamheter i såväl EU-domstolen som Arbetsdomstolen.

I *Liikenne*<sup>80</sup>, som berörts ovan under avsnitt 2.3.1, innebar entreprenörsbytet ingen övergång av materiella tillgångar annat än att Liikenne under en tvåmånadersperiod hyrde två bussar från Hakunilan, och tog över ett antal uniformer.<sup>81</sup> Liikenne, den övertagande entreprenören, menade att det inte rörde sig om övergång av en ekonomisk enhet eftersom det enda som övergått var driften av busslinjerna, d.v.s. arbetsuppgifterna. Man ansåg inte heller att identitet förelåg eftersom Liikenne inte övertagit några materiella tillgångar och den personal som övergått till Liikenne hade anställts på arbetstagarnas eget initiativ. I denna del menade domstolen att tidigare praxis visat att en gruppering av personal förvisso kunde utgöra en ekonomisk enhet i direktivets mening vad gäller sådan verksamhet som i huvudsak baseras på arbetskraft. En sådan ekonomisk enhet kunde enligt domstolen, varvid de hänvisade till *Süzen*, behålla sin identitet genom en övergång i form av att en förvärvare övertar huvuddelen av personalstyrkan avseende kompetens och antal.<sup>82</sup>

---

<sup>77</sup> Lunning & Toijer, 2010, s. 287. Se även AD 2014 nr 1.

<sup>78</sup> Garde, 2002, s. 530.

<sup>79</sup> Garde, 2002, s. 525.

<sup>80</sup> Mål C-172/99 *Liikenne*.

<sup>81</sup> Mål C-172/99 *Liikenne* par 10.

<sup>82</sup> Mål C-172/99 *Liikenne* par 38.

I det aktuella fallet hade en stor andel av arbetstagarna övergått till förvärvaren, däremot inga materiella tillgångar. EU-domstolen ansåg dock att busstrafik inte kunde anses utgöra en verksamhet som huvudsakligen baseras på arbetskraft och att identitetsfrågan därför inte kunde vara beroende av personalövergången.<sup>83</sup> Domstolen menade att i en bransch som kollektivtrafik så är det av avgörande betydelse för identiteten att de materiella tillgångarna i betydande utsträckning övergår mellan entreprenörerna eftersom exempelvis bussarna är direkt nödvändiga för att verksamheten skall kunna bedrivas.<sup>84</sup> Domstolens slutsats blev därför att direktivet inte kunde tillämpas på en sådan situation som i det aktuella fallet såvida inte betydande materiella tillgångar övergått till den nya entreprenören.<sup>85</sup> I den efterföljande domen i finska Högsta domstolen dömdes enhälligt i linje med EU-domstolens förhandsavgörande.<sup>86</sup>

I *Liikenne* fick det således inte någon avgörande betydelse att personalen övergått mellan entreprenörerna eftersom EU-domstolen ansåg att busstrafik byggde på materiella tillgångar. Situationen i *Liikenne* liknade den i ett tidigare svenskt rättsfall, det så kallade *Swebus III*-målet, AD 1995 nr 163. Målet rörde i synnerhet gränsdragningen mellan övergång av ekonomisk enhet och övergång av arbetsuppgifter vid entreprenörsbyten.<sup>87</sup> Swebus skötte driften av linjebustrafik enligt entreprenadavtal med Länstrafiken i Malmö län. I samband med att avtalstiden gick ut och ny offentlig upphandling gjordes av driften förlorade Swebus upphandlingen. Kontrakt slöts istället med två andra anbudsgivare: Linjebuss Sverige och Ödåkra. Till följd av att Swebus förlorade entreprenaden vidtogs uppsägningar av ett antal arbetstagare som i huvudsak kört bussar på de aktuella linjerna. Arbetstagarna hävdade att entreprenörsbytet var att betrakta som en verksamhetsövergång.

Arbetsdomstolen konstaterade att Ödåkra och Linjebuss Sverige inte hade övertagit vare sig personal eller arbetskraft från Swebus och att detta med avsevärd styrka fick anses tala mot att verksamheten bevarat sin identitet efter entreprenörsbytet. Domstolen ansåg inte att det faktum att överlåtaren och förvärvaren utförde samma arbetsuppgifter kunde leda till någon

---

<sup>83</sup> Mål C-172/99 *Liikenne* par 39.

<sup>84</sup> Mål C-172/99 *Liikenne* par 42.

<sup>85</sup> Mål C-172/99 *Liikenne* par 43.

<sup>86</sup> Bruun, Niklas, Tre gånger företagsöverlåtelse i finska HD, EU & arbetsrätt, nr. 2 2001, tillgänglig: <http://arbetsratt.juridicum.su.se/euarb/01-2/02left.asp> (hämtat 2014-10-05).

<sup>87</sup> Mulder, 2004, s. 147.

annan bedömning. Domstolen ansåg därför att verksamheten inte hade bevarat sin identitet och att det således inte rörde sig om en verksamhetsövergång.

Uppdelningen i materialbaserad och personalbaserad verksamhet och den betydelse detta har för övertagandet av personalen innebär således att ett personalövertagande inte alltid innebär en verksamhetsövergång. Situationen kan dock vara den omvända, vilket illustreras av utfallet i *Abler*.<sup>88</sup> I *Abler* bedrev Sanrest storköksverksamhet på ett sjukhus enligt avtal med det offentliga. Efter åtta års avtalsförhållande uppstod meningsskiljaktigheter mellan Sanrest och den offentliga aktören. Till följd av problematiken sade det offentliga upp avtalet med Sanrest. Genom offentlig upphandling tilldelades Sodexho kontraktet drygt sex månader senare efter att avtalet sagts upp med Sanrest.<sup>89</sup> Entreprenörbytet ledde till att Sanrest sade upp sin personal.<sup>90</sup> Såväl Sanrest som deras tidigare anställda hävdade att en verksamhetsövergång ägt rum och att anställningsavtalen därför kunde återopas gentemot Sodexho.<sup>91</sup>

Sodexho hade, med hänvisning till tidigare praxis i *Sützen* och *Sánchez Hidalgo*, invändningar mot att det skulle röra sig om en verksamhetsövergång med motiveringen att de inte övertagit någon personal från Sanrest.<sup>92</sup> EU-domstolen menade emellertid att storköksverksamhet likt den Sanrest och senare Sodexho bedrev inte kunde anses vara en verksamhet som huvudsakligen baserades på arbetskraft, vilket var en förutsättning för att den praxis Sodexho hänvisat till skulle bli tillämplig. Domstolen ansåg att köksverksamheten krävde omfattande utrustning. Sodexho hade genom entreprenörbytet tagit över materiella tillgångar i form av lokaler, vatten, energi och köksutrustning. Enligt domstolen spelade det ingen roll att dessa materiella tillgångar faktiskt tillhandahölls av den offentliga huvudmannen och att det var en skyldighet för Sodexho att överta dem till följd av avtalets karaktär.<sup>93</sup> Domstolens slutsats blev att det förelåg verksamhetsövergång till följd av övertagandet av de materiella tillgångarna.<sup>94</sup> Domstolen slog därmed fast att storköksbranschen huvudsakligen ska anses vara baserad på materiella tillgångar, och följaktligen att det i den branschen kan bli fråga om

---

<sup>88</sup> Mål C-340/01 *Abler*.

<sup>89</sup> Mål C-340/01 *Abler* par 12-14.

<sup>90</sup> Mål C-340/01 *Abler* par 17.

<sup>91</sup> Mål C-340/01 *Abler* par 15 och 18.

<sup>92</sup> Mål C-340/01 *Abler* par 32.

<sup>93</sup> Mål C-340/01 *Abler* par 41.

<sup>94</sup> Mål C-340/01 *Abler* par 36.



en verksamhetsövergång även när en entreprenör inte övertar några arbetstagare men väl övertar materiella tillgångar.<sup>95</sup>

Sodexo byggde delvis sin invändning på att om driften av ett storkök ansågs utgöra en personalberoende verksamhet så kan någon identitet inte föreligga eftersom någon personal inte gått över, i enlighet med EU-domstolens tidigare praxis. Man hävdade dock vidare att om domstolen ansåg att driften av ett storkök istället var en verksamhet som i huvudsak byggde på materiella tillgångar, vilket domstolen de facto ansåg, så kunde inte heller identitet anses föreligga eftersom några materiella produktionstillgångar inte överlätits från Sanrest till Sodexo i direktivets mening eftersom tillgångarna ägdes och tillhandahölls av den upphandlande myndigheten.<sup>96</sup> Domstolen menade att det faktum att äganderätten inte övergått till de materiella tillgångarna inte skulle tillmätas någon betydelse vid bedömningen om det skett en övergång i direktivets mening. Denna uppfattning baserade domstolen på att ordalydelsen i art 1.1 i överlåtelsedirektivet inte tar upp äganderätten till de materiella tillgångarna som en relevant faktor.<sup>97</sup>

Generaladvokat Geelhoed delade inte domstolens uppfattning gällande irrelevansen av vem som ägde de materiella tillgångarna. Tvärtemot domstolen menade generaladvokaten att några tillgångar inte övertagits eftersom tillgångarna tillhörde uppdragsgivaren och endast nyttjades av den befintlige entreprenören under avtalstiden, varefter uppdragsgivaren återtog nyttjanderätten.<sup>98</sup> Ett liknande resonemang fördes av den brittiska regeringen som menade att det måste göras åtskillnad mellan direkt överlåtelse av materiella tillgångar mellan entreprenörer och situationer där en uppdragsgivare upplåter tillgångarna åt entreprenörerna. I det sistnämnda fallet skulle inte nyttjandet av de materiella tillgångarna få avgörande betydelse för om en övergång har skett eller inte.<sup>99</sup> Generaladvokatens slutsats blev därför att de materiella produktionsfaktorerna inte övergått och att någon verksamhetsövergång därmed heller inte skett.<sup>100</sup>

---

<sup>95</sup> Mål C-340/01 *Abler* par 37.

<sup>96</sup> Mål C-340/01 *Abler* generaladvokatens förslag till avgörande par 23-25.

<sup>97</sup> Mål C-340/01 *Abler* par 40-41.

<sup>98</sup> Mål C-340/01 *Abler* generaladvokatens förslag till avgörande par 77.

<sup>99</sup> Mål C-340/01 *Abler* generaladvokatens förslag till avgörande par 43.

<sup>100</sup> Mål C-340/01 *Abler* generaladvokatens förslag till avgörande par 92.

I sitt förslag till dom lyfte även generaladvokaten fram vad han upplevde var en problematik avseende domstolens tidigare praxis om att tillmäta personalens övergång avgörande betydelse för om direktivet skulle tillämpas. Detta menade Geelhoed öppnade upp för kringgåendemöjligheter genom att en övertagande entreprenör kunde välja att inte anställa tidigare entreprenörs personal och därmed undvika direktivets tillämplighet.<sup>101</sup> Praxis, menade generaladvokaten, var därmed inte i linje med direktivets skyddssyfte.<sup>102</sup> Samtidigt framhöll Geelhoed att en situation där övertagande entreprenör alltid var tvungen att överta personalen kunde betraktas som konkurrensbegränsade, särskilt i branscher där personalens kvalitet är avgörande för kvaliteten på tjänsten som entreprenören levererar.<sup>103</sup>

Liksom i *Temco* fick inte generaladvokat Geelhoed bifall för sin uppfattning, då domstolen valde att upprätthålla tidigare praxis om betydelsen av produktionsfaktorernas övergång. Att denna praxis även har influerat svensk rättstillämpning illustreras av ett aktuellt rättsfall från Arbetsdomstolen, AD 2014 nr 1.

I AD 2014 nr 1 hade ISS sedan tidigare bedrivit lokalvård vid kärnkraftverket Forsmark, enligt avtal med statligt ägda Vattenfall. I samband med att entreprenadavtalet löpte ut inledde Vattenfall ett nytt offentlig upphandlingsförfarande om den fortsatta lokalvården, en upphandling som ISS deltog i. Drygt sex månader innan ISS befintliga avtal löpte ut, och under pågående offentlig upphandling, sade ISS upp de arbetstagare som arbetade med lokalvården på Forsmark. Det visade sig dock till slut att ISS faktiskt vann den offentliga upphandlingen och gavs möjligheten att teckna ett nytt avtal om lokalvården. Målet kom i huvudsak att gälla huruvida dessa uppsägningar stred mot uppsägningsförbudet i 7 § 3 st. LAS. För att avgöra detta prövade Arbetsdomstolen om det vid uppsägningstillfället stod klart att det skulle bli fråga om en verksamhetsövergång i och med upphandlingen. Arbetsdomstolen prövade därför vad som hade krävts för att det skulle bli fråga om en verksamhetsövergång i den aktuella situationen.

Domstolen hänvisade till EU-domstolens praxis och konstaterade att det inte var tillräckligt att en förvärvare fortsatte utföra samma arbete som överlåtaren för att direktivet skulle bli tillämpligt. Att ISS och en eventuell ny entreprenör skulle utföra samma typ av arbete var

---

<sup>101</sup> *Mål C-340/01 Abler* generaladvokatens förslag till avgörande par 80.

<sup>102</sup> *Mål C-340/01 Abler* generaladvokatens förslag till avgörande par 79.

<sup>103</sup> *Mål C-340/01 Abler* generaladvokatens förslag till avgörande par 81.

enligt domstolen ostridigt sett till uppdragsbeskrivningen i anbudsförfrågan i den offentliga upphandlingen. Domstolen ansåg att lokalvården i fråga baserades i huvudsak på arbetskraft och att i sådan verksamhet normalt sett krävs att personal övergår för att det ska anses utgöra en verksamhetsövergång. Eftersom det rörde sig om en hypotetisk bedömning av ett framtida scenario menade domstolen att det inte var säkert att en ny entreprenör skulle välja att överta personalen baserat på deras kompetens och erfarenhet, vilket facket hävdade var troligt. Att en eventuell entreprenör potentiellt skulle överta materiella tillgångar ansåg domstolen inte hade någon större betydelse för identitetsbedömningen då det rörde sig om personalbaserad verksamhet.

## 2.5 Diskussion

EU-domstolen har i sin bedömning av i vilka situationer överlåtelseregleringen kan tillämpas på entreprenörsbyten kommit att lägga mycket stor vikt vid huruvida produktionsfaktorerna, personal eller materiel, övergått. Om dessa resurser har övergått föreligger troligen en verksamhetsövergång. Har de inte övergått så rör det sig inte om en verksamhetsövergång, och anställningsskyddet enligt regleringen blir inte tillämpligt.

En av mina huvudfrågeställningar är om och i så fall hur entreprenörerna kan påverka tillämpligheten av överlåtelseregleringen och därmed kringgå anställningsskyddet för arbetstagarna i den aktuella verksamheten. Enligt min mening skapar EU-domstolens fokus på produktionsfaktorernas övergång betydande kringgåendemöjligheter för en övertagande entreprenör, särskilt i personalbaserad verksamhet. Den övertagande entreprenören har nämligen ett val: att anställa eller inte anställa den tidigare entreprenörens personal. Sett till den praxis som grundlades i *Süzen* så äger en verksamhetsövergång rum om den övertagande entreprenören anställer huvuddelen av personalen, och denne är då skyldig att anställa samtliga tidigare arbetstagare med bibehållna villkor. Väljer entreprenören att inte anställa så blir inte regleringen tillämplig. Den övertagande entreprenören har därmed makten att bestämma om skyddsregleringen ska bli tillämplig eller inte, varvid den även kan kringgåas.

Dessa påverkansmöjligheter är rimligen särskilt stora i personalbaserad verksamhet. Gällande materialbaserad verksamhet är min analys att en övertagande entreprenör har mindre valfrihet sett till hur EU-domstolen har resonerat i *Abler*. Eftersom ett faktiskt nyttjande av samma tillgångar som tidigare entreprenör kan skapa identitet mellan verksamheterna, och den

offentliga huvudmannen vid offentlig upphandling ofta står för de materiella tillgångarna såsom lokaler och dylikt, så tycks entreprenören i dessa fall inte ha lika stora manövreringsmöjligheter. Dock kan det finnas motsvarande påverkansmöjligheter även i materialbaserad verksamhet där den övertagande entreprenören de facto kan välja vilka materiella tillgångar han använder. Exempelvis kan denne leasa nya bussar vid övertagandet av kollektivtrafik, och då uppstår med stor sannolikhet inte sådan identitet som krävs för att en verksamhetsövergång ska föreligga.

För en befintlig entreprenör kan jag inte identifiera några tydliga påverkans- eller kringgåendemöjligheter sett till kontexten offentlig upphandling. EU-domstolens praxis skapar inte dispositionsmöjligheter i samma utsträckning som för den övertagande entreprenören eftersom den befintliga entreprenören snarare är passiv i sammanhanget då denne inte kan kontrollera huruvida personalen eller de materiella tillgångarna ska övergå. Egentligen kanske det inte heller finns något intresse för kringgående från dennes synpunkt. Om man förlorar upphandlingen och personalen vid en verksamhetsövergång har rätt att övergå till en övertagande entreprenör så kan detta till och med vara ett välkommet sätt att lösa den eventuella övertalighet som uppstår hos den befintliga entreprenören.

En annan av mina frågeställningar är hur dessa påverkansmöjligheter influerar överlåtelsereglernas och upphandlingsreglernas möjlighet att uppnå sina respektive ändamål. Sett till överlåtelsereglernas ändamål kan knappast den övertagande entreprenörens påverkansmöjligheter, som skapats genom EU-domstolens praxis, anses vara positiva. Att en skyddsreglerings tillämplighet läggs i händerna på en aktör som kan ha ett tydligt intresse av att undvika dess tillämplighet måste anses vara ett grundläggande ändamålsproblem för regleringen. Här måste man enligt min mening komma ihåg att det rör sig om situationer där överlåtelsereglerna och upphandlingsreglernas ändamål krockar, arbetstagarhänsyn ställs mot en konkurrensfrämjande reglering. Om en övertagande entreprenör är skyldig att överta personalen kan entreprenören inte konkurrera med sin egen personal sett till kostnad eller kompetens. Sådan konkurrensbegränsning får anses gå emot upphandlingsreglernas syften. Samtidigt kan knappast hela offentliga sektorn undantas från överlåtelsereglernas tillämpningsområde. Det skulle skapa en orättvisa där vissa arbetstagare har skydd vid arbetsgivarbyten medan andra inte har det beroende på om de jobbar inom en verksamhet som omfattas av upphandlingsreglerna eller inte.

Såväl generaladvokaten i *Temco* som den övertagande entreprenören i *Liikenne* påpekade vilka negativa effekter på marknaden en tillämplighet av överlåtelsedirektivet för med sig vid entreprenörbyten generellt och speciellt vid offentlig upphandling. De fick dock inte gehör för sina resonemang. Avgörandet i *Liikenne* förtjänar här att uppmärksammas särskilt. EU-domstolen ansåg enligt domens lydelse att det de facto inte fanns någon motsättning mellan konkurrensintressen och överlåtelseregleringen, eftersom det var en naturlig del av konkurrensen att ta hänsyn till överlåtelseregleringen. Enligt min mening är detta ett något förenklat resonemang som EU-domstolen gör i syfte att undvika att prioritera en gemenskapsrättslig lagstiftning före en annan. Genom att undvika att identifiera att arbetstagarhänsyn står i konflikt med konkurrenshänsyn behöver domstolen inte vid sin teleologiska tolkning av överlåtelseregleringen göra en kontroversiell avvägning mellan dessa intressen. Troligen är domstolens något vaga och förenklade resonemang en följd av det faktum att domstolens ledamöter inte utåt sett får vara oeniga, varvid en kompromiss i frågan blir naturlig.

En slutsats är enligt min uppfattning att EU-domstolen formellt sett har inskränkt båda regleringarnas möjlighet att uppnå sina ändamål. Arbetstagar skyddet inskränks genom domstolens praxis om produktionsfaktorernas övergång och konkurrenshänsynen inskränks genom att domstolen har ansett att överlåtelseregleringen är kompatibel med upphandlingsregleringen. Kringgåendemöjligheterna för en övertagande entreprenör blir dock i realiteten så pass omfattande att konkurrenshänsynen tycks ha fått prioritet ur praktiskt hänseende.

EU-domstolens praxis om betydelsen av övertagande av produktionsfaktorer och dennas väsentliga betydelse beträffande överlåtelseregleringens tillämplighet är viktig att ha i minnet inför kommande kapitel. Möjligheten för en upphandlande myndighet att styra över om produktionsfaktorerna övergår är till följd av denna praxis ett potentiellt svar till om regleringen är påverkningbar även utifrån en upphandlande myndighets perspektiv. Denna fråga återkommer jag till i kapitel 4. Först fokuseras på den andra av överlåtelsedirektivets huvudsakliga rättsföljder: uppsägningsförbudet.

### 3 Uppsägningsförbudet vid offentlig upphandling

Uppsägningsförbudet, som berörts kort under tidigare kapitel, kompletterar rätten för de befintliga arbetstagarna att övergå till förvärvaren och är en nödvändig förutsättning för regleringens effektivitet. Eftersom endast arbetstagare som är anställda vid övergångstidpunkten omfattas av rätten att övergå till övertagande entreprenör så vore denna rätt enkel att kringgå om en överlåtare kunde säga upp personalen på grund av övergången i sig.<sup>104</sup> Uppsägningsförbudet är således en regel med stor betydelse men som även visat sig svår att hantera rättsligt.<sup>105</sup>

Som konstaterades i föregående kapitel finns det enligt min uppfattning skäl att påstå att en övertagande entreprenör, utifrån praxisen om produktionsfaktorernas avgörande betydelse, har stora möjligheter att påverka regleringens tillämplighet, speciellt i personalbaserade verksamheter. Detta kapitel syftar till att analysera i vilken utsträckning denna praxis även kan anses skapa påverkansmöjligheter för parterna avseende tillämpligheten av uppsägningsförbudet under en pågående offentlig upphandling.

#### 3.1 Bakgrund

För att komplettera rätten för arbetstagare att övergå till förvärvaren stipuleras i överlåtelsedirektivet artikel 4.1 vad som i svensk rätt brukar kallas för uppsägningsförbudet. Enligt artikel 4.1 får inte en verksamhetsövergång i sig utgöra skäl för uppsägning från vare sig överlåtarens eller förvärvarens sida. Artikeln har implementerats i svensk lag genom 7 § 3 st. LAS. Enligt 7 § 3 st. LAS är inte en verksamhetsövergång enligt 6 b § LAS i sig saklig grund för uppsägning av arbetstagare. Ett undantag från detta, som också återfinns i överlåtelsedirektivet, är att förbudet inte skall hindra uppsägningar som sker av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl där förändringar i arbetsstyrkan ingår, enligt 7 § 3 st. 2 p. LAS.

Enligt den svenska arbetsrättsliga regleringen får en arbetsgivare endast säga upp en arbetstagare om det föreligger *saklig grund* för uppsägning, vilket följer av 7 § 1 st. LAS. Vad som utgör saklig grund för uppsägning är en central fråga inom arbetsrätten i allmänhet och

---

<sup>104</sup> Jfr mål C- 287/86 *Ny Mølle Kro* par 25.

<sup>105</sup> Nordström, Anders, Förbudet mot uppsägning vid övergång av verksamhet, i Eklund, Ronnie m.fl. (red.), Festskrift till Hans Stark, 2001, Jure, s. 198.

kan inte redogöras för i någon större utsträckning inom ramen för denna uppsats. En viss översiktlig beskrivning är emellertid av relevans för förståelsen av uppsägningsförbudet vid verksamhetsövergång, eftersom uppsägningsförbudet i den svenska implementeringen anknyter till begreppet saklig grund.

I modern svensk arbetsrätt har, huvudsakligen med stöd av praxis, exempel på saklig grund för uppsägning indelats i två huvudkategorier: omständigheter som beror på arbetsbrist respektive personliga förhållanden.<sup>106</sup> Då endast situationer gällande arbetsbrist blir aktuella för frågeställningen i denna uppsats behandlas inte uppsägningar p.g.a. personliga förhållanden. Om arbetsgivaren vidtar en driftsinskränkning utgör detta i regel saklig grund för uppsägning, förutsatt att arbetsgivaren kan visa på att en seriös företagsekonomisk bedömning har gjorts gällande personalsituationen och behovet av uppsägningar.<sup>107</sup> Med uppsägning på grund av arbetsbrist ska inte endast förstås vad som kan inläsas i ordalydelsen utan det ska även enligt Arbetsdomstolens praxis uppfattas som alla uppsägningar som inte beror på personliga förhållanden.<sup>108</sup>

Före överlåtelsedirektivets implementering i Sverige ansågs en överlåtelse av en verksamhet vara saklig grund för uppsägning på grund av arbetsbrist. En arbetsgivare kunde enligt denna tidigare ordning säga upp personal inför och efter en sådan överlåtelse. De uppsagda arbetstagarna hade dock rätt till återanställning hos den nya arbetsgivaren, en rätt som emellertid var begränsad. Överlåtelsedirektivet gick längre genom att det säkerställde att alla anställda i verksamheten vid en överlåtelse per automatik övergick till den nya arbetsgivaren, med bibehållna villkor.<sup>109</sup> Genom införandet av uppsägningsförbudet i LAS ämnade lagstiftaren klargöra att en verksamhetsövergång inte längre skulle ses som ett fall av arbetsbrist, och därmed inte heller saklig grund för uppsägning.<sup>110</sup>

Eftersom personalen har rätt att övergå till förvärvaren vid en verksamhetsövergång uppstår ingen övertalighet hos överlåtaren på grund av övergången i sig, trots att övergången med stor sannolikhet innebär en driftsinskränkning hos denne. Emellertid kan förvärvaren redan ha personal i tillräcklig utsträckning vilket innebär att övergången skapar övertalighet hos

---

<sup>106</sup> Adlercreutz & Mulder, 2013, s. 161.

<sup>107</sup> Adlercreutz & Mulder, 2013 s. 161 f.

<sup>108</sup> Adlercreutz & Mulder, 2013, s. 162.

<sup>109</sup> Prop. 1994/95:102 s. 40.

<sup>110</sup> Prop. 1994/95:102 s. 41.

förvärvaren. Följden blir att såväl förvärvarens tidigare personal som den övertagna personalen riskerar uppsägning på grund av arbetsbrist enligt sedvanliga regler om turordning.<sup>111</sup> En sådan situation kan en övertagande entreprenör ha intresse av att undvika av ekonomiska och praktiska skäl.

### **3.2 Uppsägning på grund av verksamhetsövergången i sig**

Förutsättningen för att en uppsägning ska anses strida mot uppsägningsförbudet i 7 § 3 st. LAS är att uppsägningen sker på grund av verksamhetsövergången i sig. Om så är fallet föreligger inte saklig grund för uppsägning. En central fråga i sammanhanget blir därför att avgöra vad som är en uppsägning på grund av en verksamhetsövergång i sig, till skillnad från en uppsägning av annat skäl – speciellt eftersom typiska verksamhetsrelaterade skäl inte inskränks genom uppsägningsförbudet enligt undantaget i 7 § 3 st. 2 p. LAS.

Verksamhetsövergångar karaktäriseras av att det hos överlåtaren sker en driftsinskränkning, exempelvis genom att en entreprenör förlorar ett entreprenadavtal till en konkurrent och att övertalighet därmed uppstår. Övertalighet är som konstaterats en saklig grund för uppsägning inom ramen för vad som betraktas som arbetsbrist. Dock blir situationen speciell om entreprenörsbytet karaktäriseras som en verksamhetsövergång eftersom personalen då har rätt att övergå till förvärvaren. Vid en sådan övergång blir det således inte tal om någon övertalighet för överlåtande entreprenör, utan övertalighet uppstår i så fall möjligen hos övertagande entreprenör. Denna omständighet uppmärksammade den svenska lagstiftaren i förarbetena till implementeringen av överlåtelsedirektivet beträffande vilka uppsägningar som ska omfattas av uppsägningsförbudet.

I sitt förslag till implementeringslagstiftning menade regeringen att en situation där överlåtaren vidtar uppsägningar på förvärvarens begäran eller i dennes intresse utgjorde typexempel på vad som ansågs strida mot uppsägningsförbudet i direktivet. Regeringen ansåg att huvudproblemet var att avgöra huruvida en övertalighet till följd av verksamhetsövergång endast får lösas genom uppsägningar hos förvärvaren eller om uppsägningarna kan vidtas redan hos överlåtaren. Ett annorlunda sätt att se på denna fråga var enligt lagstiftaren att utreda om direktivet stipulerade ett absolut uppsägningsförbud från och med en viss tidpunkt vid en övergångsprocess.<sup>112</sup> Övertalighet som uppstår på grund av övergången ansåg

---

<sup>111</sup> Mulder, 2004, s. 323.

<sup>112</sup> Prop. 1994/95:102 s. 42.



regeringen var ett problem för förvärvaren och som skulle lösas hos förvärvaren. I en sådan situation menade regeringen att en överlåtare inte får säga upp arbetstagare även om beslut om överlåtelse inte fattats ännu.<sup>113</sup>

Dessa förarbetsuttalanden kan emellertid inte anses ge någon större vägledning till vad som är en uppsägning på grund av en verksamhetsövergång i sig, annat än att så är fallet när överlåtaren vidtar uppsägningar i förvärvarens intresse. En förklaring till att regeringen resonerar utifrån de termerna kan vara att parterna inte ska kunna kringgå bestämmelserna genom att förhandla om vem som ska hantera övertaligheten innan ett formellt beslut tas.<sup>114</sup>

Arbetsrättskommittén ansåg i förarbetena att uppsägningsförbudet kunde uppfattas gälla från det att planerna på en försäljning har tagit en mer fast form och fram tills själva övergången.<sup>115</sup> Man intog därmed en mer restriktiv hållning än vad regeringen föreslog. Kommitténs uppfattning tycks ha fått bäring i praxis genom AD 2009 nr 55. Avgörandet rörde en livsmedelsbutik som drevs av ett handelsbolag. Efter att ägarna till butiken i juni 2007 beslutat att lägga ner verksamheten till följd av dålig ekonomi sades arbetsupptagarna upp på grund av arbetsbrist och sista arbetsdag bestämdes till 31 december 2007. Det framkom dock strax innan årsskiftet att verksamheten skulle övertas av ett aktiebolag som bolagsmännen i handelsbolaget var involverade i. Enligt arbetstagar sidan utgjorde överlåtelsen av verksamheten till aktiebolaget en verksamhetsövergång enligt 6 b § LAS. Man menade därför också att uppsägningarna i juni 2007 skett på grund av verksamhetsövergången i sig och att de därför stred mot uppsägningsförbudet. Arbetsgivarna hävdade däremot att det vid uppsägningstillfället inte fanns några planer på att vare sig driva verksamheten vidare själva eller överlåta verksamheten. De planerna uppkom först efter uppsägningarna och grundades på att avvecklandet inte kunde genomföras p.g.a. fortlöpande hyresavtal för lokalerna. Arbetsdomstolen inledde med att konstatera att det avgörande för om uppsägningsförbudet varit tillämpligt var om uppsägningarna berodde på övertalighet i verksamheten som sådan, snarare än verksamhetsövergången, och vid vilken tidpunkt uppsägningarna ägt rum.

---

<sup>113</sup> Prop. 1994/95:102 s. 44 f.

<sup>114</sup> Jfr Prop. 1994/95:102 s. 45.

<sup>115</sup> Prop. 1994/95:102 s. 42 f.

Arbetsdomstolen tog i denna del vägledning från *Temco*, ett av få rättsfall från EU-domstolen som berört uppsägningsförbudet. I *Temco* fastslog EU-domstolen att vid bedömningen av om en uppsägning skett på grund av en verksamhetsövergång i sig var man tvungen att ta hänsyn till objektiva omständigheter. Ett exempel på en sådan omständighet var enligt EU-domstolen att uppsägningen skett i nära anslutning till verksamhetsövergången.<sup>116</sup> Med vägledning av *Temco* ansåg Arbetsdomstolen att uppsägningsförbudet svårligen kunde kopplas till en fixerad tidpunkt under övergångsprocessen då detta kunde tänkas skapa både tillämpningssvårigheter och bevismässig problematik. Arbetsdomstolen menade att för att en verksamhetsövergång i sig ska kunna anses vara orsaken till uppsägningen och uppsägningsförbudet därmed tillämpligt måste som huvudregel planerna på en sådan övergång ha tagit en relativt fast form, d.v.s. i linje med vad Arbetsrättskommittén argumenterade för i förarbetena.<sup>117</sup> Domstolens slutsats blev att det inte gick att styrka att det vid uppsägningstillfället fanns några planer på att överlåta verksamheten, och att det i vart fall inte gick att visa att det i så fall var anledningen till uppsägningarna. Att handelsbolaget efter uppsägningstillfället inte vidtagit några åtgärder för att avveckla verksamheten, vilket var den hävdade anledningen till uppsägningarna, kunde enligt Arbetsdomstolen visserligen beaktas men samtidigt ha legitima förklaringar. Uppsägningarna stred således inte mot uppsägningsförbudet.

Att det råder viss svårighet att avgöra i vilket skede under en övergångsprocess uppsägningsförbudet träder in kan konstateras utifrån de delvis skilda uppfattningar som lyfts fram i förarbeten och praxis. Den förhärskande uppfattningen tycks vara att det är graden av kännedom om en stundande verksamhetsövergång hos överlåtande arbetsgivare som avgör om uppsägningsförbudet gäller eller inte. Hur denna kännedom kan inhämtas blir rimligen styrd utefter den enskilda situationen i fråga, varvid det är motiverat att se till hur uppsägningsförbudet vid entreprenörsbyten i samband med offentlig upphandling har behandlats i praxis.

### **3.3 Uppsägning under ett upphandlingsförfarande**

Uppsägningsförbudets tillämplighet kan utifrån de resonemang som redogjorts för tidigare i detta avsnitt tänkas bli särskilt problematiskt i situationer där personal sägs upp inför en eventuell verksamhetsövergång, d.v.s. under en process där exempelvis förhandlingar förs

---

<sup>116</sup> Mål C-51/00 *Temco* par 28.

<sup>117</sup> Prop. 1994/95:102 s. 42 f.

eller det ännu inte är klart om den befintliga entreprenören även kommer att vinna nästa upphandling. Förlusten av ett entreprenadavtal till en konkurrent kan ju utgöra en driftsinskränkning som i sig innebär saklig grund för uppsägning. Dock kan förlusten av ett sådant entreprenadavtal och entreprenörsbytet utgöra en verksamhetsövergång, varvid eventuellt uppsägningsförbudet blir tillämpligt. Principiellt kan därför en uppsägning inför ett sådant entreprenörsbyte strida mot uppsägningsförbudet. Under vilka förutsättningar är emellertid en fråga som visat sig svårhanterlig i praxis.

Ett tidigt rättsfall på området är Arbetsdomstolens intermistiska beslut i målen A35/97 och A 37/97, beslutsdatum 15 april 1997. Reform Städ utförde enligt entreprenadavtal städning av Huddinge Sjukhus på uppdrag av Stockholms läns landsting. Avtalstiden löpte mellan 1 april 1995 och 31 mars 1997. Landstinget initierade en förnyad upphandling av uppdraget hösten 1996 och Reform Städ lämnade anbud. Dock tilldelas kontraktet i stället en annan entreprenör, ISS. Detta informerades Reform Städ om 2 januari 1997. Den 15 oktober 1996 hade Reform Städ redan sagt upp sina städare vid Huddinge Sjukhus med hänvisning till arbetsbrist. Uppsägningstiden var sex månader och löpte med andra ord ut strax innan entreprenadavtalet skulle löpa ut. Arbetstagarna menade att uppsägningarna gjorts utan saklig grund, dels för att uppsägningarna skett för säkerhets skull och dels för att de stred mot uppsägningsförbudet 7 § 3 st. LAS p.g.a. entreprenörsbytet.

Gällande arbetstagaransidans första grund, att uppsägningarna gjorts för säkerhets skull, tillämpade Arbetsdomstolen en i sammanhanget viktig praxis. Det speciella i fallet i fråga var att det inte förelåg arbetsbrist vid själva uppsägningstillfället. I stället menade Reform Städ att en eventuell förlust vid den förnyade upphandlingen, ca sex månader från uppsägningstidpunkten, skulle innebära arbetsbrist eftersom att kontraktet i så fall skulle tilldelas någon annan. Det är, och var även vid det aktuella avgörandet, enligt Arbetsdomstolens praxis klart att en arbetsgivare får säga upp arbetstagare med hänvisning till s.k. hypotetiskt arbetsbrist, d.v.s. förmodad arbetsbrist vid uppsägningstidens slut. En förutsättning är dock att arbetsgivaren gjort en godtagbar företagsekonomisk bedömning av det framtida sysselsättningsläget. I annat fall är uppsägningarna att betrakta som vidtagna *för säkerhets skull* vilket inte utgör saklig grund för uppsägning.<sup>118</sup> Domstolen menade i samband med detta att det inte fanns något i utredningen som talade för att Reform Städ hade

---

<sup>118</sup> Se AD 2006 nr 92 för en närmare redogörelse av Arbetsdomstolens praxis gällande hypotetisk arbetsbrist.

anledningen att utgå ifrån att entreprenadavtalet i fråga skulle förlängas, och att uppsägningarna därför inte skett för säkerhets skull.

Därefter övergick Arbetsdomstolen till att pröva om uppsägningarna stred mot uppsägningsförbudet. Domstolen konstaterade att det vid uppsägningstillfället inte med säkerhet gick att överblicka om en verksamhetsövergång överhuvudtaget skulle äga rum. Detta eftersom det inte gick att förutse om Reform Städ skulle vinna upphandlingen eller om en annan entreprenör skulle erhålla entreprenaden. Det gick heller inte enligt domstolen att förutse hur en potentiell ny entreprenör skulle lösa personalfrågan för att uppfylla kontraktet. Domstolen ansåg därför att Reform Städ inte sagt upp personalen i fråga på grund av en verksamhetsövergång i sig. Till följd av att uppsägningarna inte stred mot uppsägningsförbudet med motiveringen att det inte vid uppsägningstillfället gick att avgöra om något entreprenörsbyte överhuvudtaget skulle ske ansåg Arbetsdomstolen sig inte behöva pröva huruvida entreprenörsbytet i fråga faktiskt utgjorde en verksamhetsövergång enligt 6 b § LAS. Det går inte att hämta tillräckligt mycket information från referatet av domen för att avgöra om så var fallet. I omständigheterna nämns dock att den nya entreprenören, ISS, övertagit i varje fall delar av den uppsagda personalen.

Två ledamöter var skiljaktiga. De höll visserligen med majoriteten om att det vid uppsägningstillfället inte med säkerhet gick att överblicka om en ett entreprenörsbyte och en verksamhetsövergång skulle äga rum. De ansåg dock inte att arbetsgivaren redovisat tillräckligt starka skäl för att arbetsbrist skulle föreligga. De skiljaktiga ledamöterna ansåg att arbetsgivaren sade upp arbetstagarna för tidigt, eftersom Reform Städ inte visat att de visste att de skulle förlora upphandlingen vid uppsägningstillfället. Enligt de skiljaktiga ledamöterna skulle därför uppsägningarna anses strida mot uppsägningsförbudet.

*Reform Städ*-fallet lyfter upp intressanta aspekter i sammanhanget. Det framgår att för att uppsägningsförbudet ska vara tillämpligt krävs att arbetsgivaren måste kunna överblicka huruvida denne kommer att förlora upphandlingen, eftersom det annars inte kan bli aktuellt med en verksamhetsövergång – och därmed kan inte heller uppsägningarna betraktas vara genomförda p.g.a. en verksamhetsövergång. I det aktuella fallet prövade som sagt inte ens domstolen förutsättningarna för att entreprenörsbyte skulle betraktas som en verksamhetsövergång eftersom frågan om vem som skulle vinna respektive förlora

upphandlingen var alltför oklar. Vem som skulle bära konsekvensen för oklarheten i denna fråga, arbetsgivaren eller arbetstagarna, tycks vara det som ledamöterna inte var överens om.

I ett fall med mycket likartade omständigheter fick Arbetsdomstolen nyligen tillfälle att bekräfta, och i viss mån möjligen utveckla, sin praxis från *Reform-Städ* fallet.

Uppsägningsförbudet, liksom överlåtelsedirektivet generellt, i samband med offentlig upphandling berördes i AD 2014 nr 1.

ISS utförde i enlighet med ett entreprenadavtal med Vattenfall olika underhållsarbeten vid kärnkraftverket Forsmark. Inför avtalets upphörande genomförde myndigheten en offentlig upphandling av det fortsatta uppdraget, en upphandling som ISS deltog i. Under den pågående upphandlingen och drygt sex månader innan det befintliga avtalet skulle upphöra sade ISS upp sina arbetstagare vid Forsmark. ISS hänvisade till hypotetisk arbetsbrist vid avtalstidens slut eftersom man menade att det inte gick att överblicka huruvida ISS skulle vinna eller förlora upphandlingen. Det fanns därför, enligt ISS, risk att avtalets upphörande skulle innebära övertalighet i deras verksamhet. Man sade därför upp arbetstagarna så att uppsägningstidens slut sammanföll med entreprenadavtalets slut.

Arbetstagersidan ansåg att uppsägningarna inte var sakligt grundade av två skäl. För det första ansåg man att uppsägningarna gjorts för säkerhets skull och därmed inte inom ramen för Arbetsdomstolens praxis om att hypotetisk arbetsbrist kan utgöra saklig grund för uppsägning. Detta baserade arbetstagersidan på att man ansåg att det vid tidpunkten för uppsägningarna var sannolikt att ISS skulle vinna upphandlingen och erhålla ett nytt entreprenadavtal, och att det därför inte var sannolikt att det skulle föreligga arbetsbrist vid uppsägningstidens slut.

För det andra menade arbetstagersidan att uppsägningarna stred mot uppsägningsförbudet i 7 § 3 st. LAS. Man menade att om ISS hade förlorat upphandlingen och därmed en annan entreprenör skulle ta över så skulle detta entreprenörsbyte utgöra en verksamhetsövergång enligt 6 b § LAS. Till stöd för detta hänvisade man till en rad omständigheter som vid ett eventuellt entreprenörsbyte skulle innebära verksamhetsövergång enligt praxis, bland annat att det var troligt att ISS personal skulle anställas av en ny entreprenör. Arbetstagersidan ansåg att det vore mycket problematiskt om den omständigheten att ett entreprenadavtal löper ut med per automatik skulle innebära att arbetsgivaren hade saklig grund för uppsägning. De menade därför att det vid prövningen om saklig grund förelåg borde göras en bedömning av

om det var sannolikt att bolaget skulle få fortsatt entreprenad, sett till omständigheterna i det enskilda fallet.

Mot den första grunden invände ISS att hypotetisk arbetsbrist förelåg och därmed saklig grund för uppsägning. Man hävdade att det var lika troligt att ISS skulle vinna som att de skulle förlora, och att de var tvungna att säga upp personalen för att inte riskera att stå med övertalighet efter entreprenadavtalets slut. Vad gällde den andra grunden, d.v.s. uppsägningsförbudet, pekade ISS på omständigheter som enligt dem skulle innebära att det inte skulle bli fråga om en verksamhetsövergång även om ISS förlorade upphandlingen. ISS menade bland annat att det inte var troligt att huvuddelen av personalstyrkan skulle tas över av en ny entreprenör, och att det inte heller fanns något krav på det i förfrågningsunderlaget i upphandlingen. ISS ansåg vidare att även om det skulle blivit en verksamhetsövergång så sade ISS inte upp arbetstagarna på grund av verksamhetsövergången i sig, vilket utgör en förutsättning för uppsägningsförbudets tillämplighet, eftersom det inte vid uppsägningstillfället gick att överblicka om ISS skulle vinna eller förlora upphandlingen.

Arbetsdomstolen ansåg att den aktuella rättsfrågan var om det med beaktande av förhållanden som ur praktiskt hänseende med säkerhet kunde överblickas vid uppsägningstillfället stod klart antingen att ISS skulle erhålla avtalet med Vattenfall eller, om ISS förlorade upphandlingen, att det skulle bli fråga om en verksamhetsövergång enligt 6 b § LAS mellan ISS och en ny entreprenör.

Arbetsdomstolen inledde med att först pröva om uppsägningarna gjorts för tidigt eller med saklig grund på grund av hypotetisk arbetsbrist. Domstolen resonerade kring att det vid uppsägningstillfället var oklart om ISS skulle erhålla ett nytt avtal med Vattenfall, och att det inte heller kunde krävas av ISS att vänta med att vidta uppsägningarna till dess det framtida sysselsättningsläget kartlagts. Slutsatsen blev därför att uppsägningarna inte gjorts för tidigt, och att den första grunden därmed inte kunde bifallas.

Vad gällde den andra grunden, uppsägningsförbudet, inledde domstolen med att redogöra för förutsättningarna för att en verksamhetsövergång ska ske för att därefter tillämpa detta på omständigheterna i fråga. Domstolen hänvisade härvid till den grovindelning av verksamheter som redogjorts för ovan under kapitel 2, d.v.s. att det vid bedömningen av om en verksamhetsövergång ska äga rum eller inte görs en indelning mellan materialbaserad och

personalbaserad verksamhet och att det i personalbaserad verksamhet inte krävs att några materiella tillgångar övergår. Man påpekade dock att i sådan personalbaserad verksamhet räcker det inte med att endast arbetsuppgifterna övergår, utan att det generellt sett krävs att övertagande entreprenör övertar huvuddelen av den aktuella personalstyrkan sett till antal och kompetens. Domstolen ansåg att det rörde sig om personalbaserad verksamhet och att det var oklart huruvida en eventuell övertagande entreprenör skulle välja att anställda ISS-personalen, vilket arbetstagsidan hävdade var troligt. Till följd av detta ansåg domstolen inte att uppsägningarna kunde anses ha gjorts på grund av en verksamhetsövergång i sig, och att de därmed heller inte stred mot uppsägningsförbudet.

Till skillnad från i *Reform Städ*-fallet gjorde således Arbetsdomstolen en hypotetisk bedömning över huruvida ett eventuellt entreprenörsbyte kunde innebära en verksamhetsövergång eller inte, varvid man gjorde bedömningen att det var oklart om produktionsfaktorererna (personalen) skulle övergå. Denna osäkerhet tolkades till arbetsgivarens fördel avseende frågan om uppsägningarna genomförts p.g.a. en eventuell verksamhetsövergång. En intressant aspekt är att Arbetsdomstolen tycks bortse från frågan om det gick att överblicka vem som skulle vinna upphandlingen, vilket var den avgörande frågan i *Reform Städ*, och istället går direkt på frågan om ett eventuellt entreprenörsbyte skulle kunna bli en verksamhetsövergång. Ordningen som domstolen prövade frågorna synes därför vara omvänd i rättsfallen.

### **3.4 Diskussion**

Eftersom uppsägningsförbudet gäller uppsägningar som grundar sig på en verksamhetsövergång i sig blir dess tillämplighet tätt sammankopplat med kriterierna för vad som utgör en verksamhetsövergång enligt överlåtelseregleringen. Som konstaterats i kapitel 2 är det direkt avgörande huruvida produktionsfaktorererna, vilket i många fall är själva personalen, i den aktuella verksamheten övergår eller inte. I kontexten offentlig upphandling tycks detta, sett till praxisen i *Reform Städ* respektive AD 2014 nr 1, få en mycket intressant effekt sett till överlåtelseregleringen och uppsägningsförbudets funktionalitet.

Arbetsdomstolens resonemang i *Reform Städ* och AD 2014 nr 1 bygger på att en uppsägning endast kan ske på grund av en verksamhetsövergång i sig om det står klart att en verksamhetsövergång de facto kommer att ske. Detta är förvisso en logisk utgångspunkt, men

det leder även till att det blir avgörande att konstatera hur det kan stå klart att en verksamhetsövergång kommer att ske under pågående offentlig upphandling. En förutsättning för regleringens tillämplighet i personalintensiv verksamhet är att en övertagande entreprenör på frivillig basis, i enlighet med de påverkansmöjligheter jag anser föreligga, väljer att rekrytera tidigare entreprenörs personal och därmed överta produktionsfaktorerna. Betydelsen av produktionsfaktorernas övergång, enligt EU-domstolens praxis, tog Arbetsdomstolen fasta på i sina resonemang och kom fram till att det inte gick att avgöra om en övertagande entreprenör skulle genomföra ett sådant övertagande, och att det därför inte kunde stå klart att en verksamhetsövergång skulle ske. Därmed kunde inte heller uppsägningarna anses strida mot uppsägningsförbudet.

Den påverkansmöjlighet för en övertagande entreprenör gällande om en verksamhetsövergång ska äga rum eller inte som skapas genom EU-domstolens praxis om produktionsfaktorernas övertagande kan enligt min uppfattning anses påverka huruvida uppsägningsförbudet kan tillämpas, dock endast på ett indirekt sätt just till följd av den stora betydelsen som läggs vid produktionsfaktorerna. Det cirkelresonemang som skapas genom att man ska överta personal om man övertar personal innebär att det vid offentlig upphandling på förhand inte går att avgöra om en verksamhetsövergång kommer att ske. Vad gäller uppsägningsförbudet under pågående offentlig upphandling vet parterna oftast inte om det överhuvudtaget kommer att ske ett entreprenörsbyte. En eventuell övertagande entreprenör kan därför knappast anses ha några direkta påverkansmöjligheter gällande uppsägningsförbudets tillämplighet i den situationen.

Kan det finnas några möjligheter för befintlig entreprenör att påverka huruvida uppsägningsförbudet kan bli tillämpligt eller inte? Enligt min uppfattning är det svårt att se under vilka omständigheter uppsägningsförbudet skulle kunna bli tillämpligt överhuvudtaget i sammanhanget, vilket även gör den befintliga entreprenörens påverkansmöjligheter små. Min uppfattning är att ett resonemang likt det Arbetsdomstolen för i AD 2014 nr 1 och *Reform Stöd* i kombination med EU-domstolens praxis om produktionsfaktorernas kraftigt inskränker uppsägningsförbudets tillämplighet i upphandling av personalbaserad verksamhet. Detta eftersom en befintlig entreprenör aldrig kan på förhand veta om det överhuvudtaget kommer att ske ett entreprenörsbyte, förutsatt att den överlämnande entreprenören själv deltar i den förnyade upphandlingen. Inte heller kan han förutse om en eventuell ny entreprenör skulle vilja rekrytera den befintliga personalen, eller istället väljer att nyanställa. De



påverkansmöjligheter som fokuseringen på produktionsfaktorerna i kombination med Arbetsdomstolens praxis gällande uppsägningsförbudet innebär således att anställningsskyddet enligt överlåtelseordningen blir mycket begränsat, om inte obefintligt, eftersom att de anställda kan sägas upp under själva upphandlingen och därmed inte omfattas av rätten att övergå om en verksamhetsövergång de facto sker. Den påverkansmöjlighet som en befintlig entreprenör har består därför eventuellt i att denne tycks ha en extensiv rätt att säga upp arbetstagare utan hinder av uppsägningsförbudet, vilket även leder till att arbetstagarna nekas möjligheten till fortsatt anställning om en verksamhetsövergång äger rum i ett senare skede.

Vad som finns att vinna med en sådan ordning är naturligtvis framförallt positiva effekter för entreprenörerna. En systematik där Arbetsdomstolen hade ställt upp en regel som innebär att osäkerhet inte ska innebära frihet för arbetsgivaren att säga upp personal hade inneburit att arbetsgivaren i högre grad måste kunna bedöma om en verksamhetsövergång kommer att ske, och även möjligen ha en högre bevisbörda för att visa att så inte är fallet. Det vore svåra bedömningar för arbetsgivarna att göra, och riskerna vore höga. För en mindre entreprenör är risken av att potentiellt sitta kvar med övertalighet vid en förlust av upphandlingen och utan möjlighet att säga upp personalen under själva upphandlingsförfarandet kanske så pass stor att denne väljer att avstå från att lämna anbud. Sådana effekter i ett förfarande som direkt syftar till främja konkurrens vore inte eftersträvansvärt. Konflikten mellan arbetstagar skydd och en mer arbetsgivarvänlig hållning, möjligtvis motiverad av konkurrensändamål, blir enligt min uppfattning tydlig vad gäller uppsägningsförbudet i denna kontext. Likaså framstår det som att de genom praxis skapade kringgåendemöjligheterna för övertagande entreprenör är en central del i problematiken beträffande uppsägningsförbudets dysfunktionalitet i kontexten, även om entreprenörerna i sig inte direkt kan påverka själva uppsägningsförbudets tillämplighet.

Frågan är dock om inte påverkansmöjligheter för den upphandlande myndigheten skulle kunna balansera problematiken något. Om den upphandlande myndigheten i de aktuella fallen ställde krav på att personalen skulle övergå skulle detta skapa en situation där ett eventuellt entreprenörsbyte med säkerhet skulle uppfylla kriterierna för verksamhetsövergång, eftersom produktionsfaktorerna då övergår. Kanske kunde det redan då, sex månader innan upphandlingens avslutande, anses stå klart att det skulle bli en verksamhetsövergång och att

uppsägningsförbudet därmed återuppstår som en praktisk tillämpbar skyddsregel under pågående offentlig upphandling? Denna fråga behandlas i kommande kapitel.

## 4 Påverkansmöjligheter för den upphandlande myndigheten

Om överlåtelseregleringen utifrån praxisen om produktionsfaktorernas övertagande kan kringgås av en övertagande entreprenör får detta även effekten att den som kan kontrollera huruvida produktionsfaktorerna övergår också har möjlighet att bestämma om överlåtelseregleringen ska tillämpas i en konkret situation. I detta kapitel utreds vilka möjligheter en upphandlande myndighet har att förfoga över produktionsresursen personal genom att i en offentlig upphandling kräva att arbetstagarna ska övergå till en övertagande entreprenör, och därmed potentiellt påverka huruvida överlåtelseregleringen kan tillämpas i en konkret situation. Utifrån min analys av uppsägningsförbudets bristande tillämplighet under pågående offentlig upphandling blir även frågan om den upphandlande myndighetens möjligheter att påverka personalens övergång högst relevant för uppsägningsförbudets tillämplighet i sammanhanget.

Inledningsvis kan det vara på sin plats att påpeka vissa avgränsningar i kapitlet. Som tidigare konstaterats i utredningen är övergången av arbetstagare direkt avgörande för överlåtelseregleringens tillämplighet i personalbaserade verksamheter, medan i materialbaserade verksamheter är övergången av materiella tillgångar istället det avgörande. Jag har i denna del valt att utreda en upphandlandes myndighets krav på att övertagande entreprenör ska överta personalen, och vidare inte utreda myndighetens möjlighet att säkerställa att materiella tillgångar, exempelvis bussar, övergår till en övertagande entreprenör. Anledningen till detta är i huvudsak den aktuella debatt som förs kring just krav personalövertagande, vilket gör frågan aktuell. Förhållandet till arbetsrättsliga aspekter sett till ändamålet med upphandlingsregelverket gör även problematiken beträffande personalfrågor mer relevant sett till uppsatsens syfte.

I denna utredning fokuseras enbart på den upphandlade myndighetens möjlighet att ställa krav på personalövertagande i form av särskilda kontraktsvillkor, d.v.s. sådana krav som rör utförandet av själva tjänsten i fråga. Anledningen till detta är särskilda kontraktsvillkor kan anses vara särskilt lämpliga för att reglera hänsyn relaterat till anställningsskydd.<sup>119</sup>

---

<sup>119</sup> Europeiska kommissionen, Socialt ansvarsfull upphandling – en handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling, 2010, s. 44.

## 4.1 Bakgrund och motiv till krav på personalövertagande

Krav på personalövertagande i en offentlig upphandling kan bestå i att den upphandlande myndigheten kräver att en anbudsgivare åtar sig att anställa den tidigare entreprenörens personal med bibehållna villkor. Ett sådant krav får således samma effekt som den huvudsakliga rättsföljden av att ett entreprenörsbyte omfattas av överlåtelseregleringen. Emellertid innebär ett sådant krav inte per automatik samma sak som en verksamhetsövergång enligt överlåtelseregleringen eftersom bland annat den nya entreprenören inte binds av det gällande kollektivavtalet. Dock utgör personalen ofta den huvudsakliga produktionsfaktorn enligt den praxis som redogjorts för under kapitel 2, varvid ett övertagande av personalen enligt ett sådant krav potentiellt kan få överlåtelseregleringen tillämplig i sin helhet. Det är denna eventuella påverkansmöjlighet som detta kapitel berör.

Syftet med att ställa krav på personalövertagande i en offentlig upphandling kan variera. Inom framför allt sektorn för kollektivtrafik har från fackligt håll på senare tid framförts krav på att upphandlande myndigheter ska säkerställa att den befintliga personalen övertas vid ett entreprenörsbyte, det vill säga motsvarande rättsföljd som en verksamhetsövergång innebär. Från Kommunals sida har framhållits att en situation där ett entreprenörsbyte inte innebär en rättighet för personalen att med bibehållna anställningsvillkor få fortsatt anställning hos den nye entreprenören är oskälig för personalen. Det har vidare hävdats att en sådan ordning är negativ från konkurrenssynpunkt då en anbudsgivare kan lämna anbud utifrån en kalkylerad lönekostnad som baseras på oerfaren personal, vilket leder till lägre lönekostnader enligt avtal. Denna ordning menar Kommunal leder till att det blir närmast omöjligt för en entreprenör att vinna två upphandlingar i följd och att detta skapar kortsiktighet i branschen. Lösningen på situationen är enligt Kommunal att den upphandlande myndigheten ställer krav på att en ny entreprenör ska ta över tidigare entreprenörs personal med bibehållna anställningsvillkor.<sup>120</sup>

För en upphandlande myndighet kan dock även andra överväganden än ren hänsyn till anställningsskydd leda till att man vill säkerställa att den nuvarande personalen blir kvar även vid ett entreprenörsbyte. Allego har på uppdrag av Konkurrensverket gjort en analys av

---

<sup>120</sup> Kommunal, Upphandlingar av kollektivtrafik behöver inte innebära trafikchaos, 2014, tillgänglig: [http://www.kommunal.se/PageFiles/185399/Upphandlingar%20av%20kollektivtrafik\\_krav.jpg.pdf](http://www.kommunal.se/PageFiles/185399/Upphandlingar%20av%20kollektivtrafik_krav.jpg.pdf) (hämtat 2014-09-13).

arbetsrättsliga villkor i 300 förfrågningsunderlag.<sup>121</sup> Vid undersökningen visade det sig att det förekom olika typer av krav och villkor med koppling till verksamhetsövergång och krav på personalövertagande. Exempel på detta var:

- Myndighetens uppfattning om att reglerna i 6 b § LAS var tillämpliga och att det därför föreligger en skyldighet för anbudsgivare att erbjuda tidigare personal anställning.<sup>122</sup>
- Krav på erbjudande av anställning enligt villkor i 6 b § LAS, med hänvisning till vikten av personalkontinuitet, samt krav på redovisning av en plan för övertagande vid en eventuell verksamhetsövergång.<sup>123</sup>
- Krav på att följa 6 b § LAS vid en eventuell verksamhetsövergång.<sup>124</sup>
- Upplysning om att viss personal omfattas av regleringen kring verksamhetsövergång.<sup>125</sup>
- Att den upphandlande myndigheten bedömer att det rör sig om en verksamhetsövergång eftersom kundkrets, lokaler och verksamhet övergår till ny utförare.<sup>126</sup>
- Att den upphandlande myndigheten gärna ser att den vinnande anbudsgivaren erbjuder anställning till den tidigare entreprenörens personal.<sup>127</sup>

Värt att notera är att det inte framgår av rapporten om kraven utgjorde särskilda kontraktsvillkor, även om det är troligt att så är fallet med hänsyn till deras utformning.<sup>128</sup> De exemplifierade kraven på personalövertagande/verksamhetsövergång bedömde rapportförfattaren som sannolikt lagstridiga.<sup>129</sup>

Utifrån Allegos rapport kan således utläsas att vissa upphandlande myndigheter uppmärksammar regleringen kring verksamhetsövergångar, och att det görs på olika sätt.

---

<sup>121</sup> Elg, Arbetsrättsliga villkor i den offentliga upphandlingen – analys av förfrågningsunderlag, Allego, 2009.

<sup>122</sup> Elg, 2009, bilaga 6, s. 13 nr. 10114 samt s 14 nr. 10117.

<sup>123</sup> Elg, 2009, bilaga 6, s. 13.

<sup>124</sup> Elg, 2009, bilaga 6, s. 17 nr. 10660.

<sup>125</sup> Elg, 2009, bilaga 6, s. 27 nr. 78193.

<sup>126</sup> Elg, 2009, bilaga 6, s. 32 nr. 139961.

<sup>127</sup> Elg, 2009, bilaga 6, s. 32 nr. 146177.

<sup>128</sup> Ahlberg, Kerstin, Bruun, Niklas, Upphandling och arbete i EU, Sieps 2010:3, s. 60, tillgänglig: <http://www.sieps.se/sv/publikationer/upphandling-och-arbete-i-eu-20103> (hämtat 2014-10-15).

<sup>129</sup> Jfr Elg, 2009, s. 5.

Vissa har endast gjort en upplysning om att regleringen ska följas om de blir tillämpliga medan andra hänvisar till att reglerna är tillämpliga på situationen i fråga. I det senare fallet tycks det rimligt att förmoda att den upphandlande myndigheten har gjort en juridisk bedömning av tillämpligheten av den arbetsrättsliga regleringen. Ytterligare en slutsats är att det framstår som vanligt att motivera krav på personalövertagande med hänvisning till att personalkontinuitet är en viktig kvalitetsaspekt.

En av överlåtelseregleringens rättsföljder är att övertagande entreprenör ska tillämpa samma kollektivavtalsvillkor gällande de berörda arbetstagarna som den tidigare entreprenören var bunden av. Detta kan potentiellt sett vara en eftersträvansvärd effekt för en upphandlande myndighet. Tillåtligheten av sådana krav är dock en mycket omdebatterad fråga som inte kan redogöras för inom ramen för denna uppsats.

## 4.2 Upphandlingsregelverkets ändamål

Motiven till att ställa krav på personalövertagande kan alltså variera, där hänsyn för arbetstagarna och kvalitet kopplat till personalkontinuitet framstår som två huvudsakliga inriktningar. Detta är en viktig aspekt att hålla i minnet sett till upphandlingsregelverkets ändamål.

De svenska upphandlingsreglerna i LOU bygger på EU-direktiv<sup>130</sup>, även om reglering om offentlig upphandling fanns i svensk rätt även innan Sveriges inträde i EU. Till följd av den EU-rättsliga bakgrunden till nuvarande lagstiftning är upphandlingsregelverket nära sammankopplat med principen om förverkligandet av den inre marknaden, d.v.s. avskaffandet av hinder för fri rörlighet mellan medlemsstaterna.<sup>131</sup> Huvudsyftet med den inre marknaden är ökad konkurrens, varvid upphandlingsregleringen fyller en huvudsakligen konkurrensfrämjande funktion.<sup>132</sup> Genom att medlemsstaterna har ett gemensamt regelverk om hur offentlig upphandling ska gå till motverkas diskriminering av leverantörer från andra

---

<sup>130</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster.

<sup>131</sup> Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 2013, Jure, s. 12. Se även Bovis, Christopher H, *EU public procurement law*, 2012, Edward Elgar publishing, s. 2.

<sup>132</sup> Arrowsmith, Sue, *EU public procurement law: an introduction*, 2010, s. 58 f, tillgänglig: <http://www.nottingham.ac.uk/pprg/publications/downloads/eu-public-procurement-law-an-introduction.aspx> (hämtat 2014-11-03).

medlemsstater. En bieffekt av att privata aktörer tävlar om avtal med det offentliga är att det offentliga därmed förväntas göra bättre affärer och således hushålla bättre med offentliga medel.<sup>133</sup>

Utöver främjandet av konkurrens har även upphandlingsregleringen med tiden kommit att få kompletterande ändamål av mer politisk karaktär som också ansetts vara av stor vikt att främja inom den europeiska unionen, exempelvis anställningsskydd.<sup>134</sup> Sådana aspekter brukar samlas under termen *sociala hänsyn*.<sup>135</sup> Sociala hänsyn, vid sidan av miljömässiga hänsyn, kan definieras som alla åtgärder inom offentlig upphandling som inte har direkt bäring på ekonomiska faktorer.<sup>136</sup> Exempel på sociala hänsyn i form av särskilda kontraktsvillkor kan vara att entreprenören som tilldelas kontraktet ska anställa långtidsarbetslösa eller främja jämställdhet mellan könen.<sup>137</sup>

Att introducera sociala hänsyn i upphandlingsregleringen har inte varit okontroversiellt eller självklart i rättsutvecklingen. Det har ansetts att regelverket bör vara enbart en konkurrensfrämjande reglering och att sociala hänsyn utgör konkurrensbegränsningar, vilket gör att sådana hänsyn inte är ändamålsenliga.<sup>138</sup> Å andra sidan kan lyftas fram det offentliga möjlighet, och kanske till och med ansvar, att främja sociala hänsyn i och med sin maktposition som inköpare till stora belopp.<sup>139</sup> Utvecklingen tycks gå i riktning mot den senare argumentationslinjen, d.v.s. att upphandlingsregleringen ska användas som ett instrument för att främja sociala hänsyn utöver de rena konkurrensfrämjande ändamålen. I det senaste upphandlingsdirektivet framhålls särskilt offentlig upphandling betydelse vid att uppnå samhällliga mål.<sup>140</sup>

Alla aspekter av en offentlig upphandling måste vara förenliga med EU:s grundläggande principer. Vad gäller offentlig upphandling är dessa principer likabehandling, icke-

---

<sup>133</sup> Pedersen, 2013, s. 16.

<sup>134</sup> Bovis, 2012, s. 8.

<sup>135</sup> Konkurrensverket, Miljöhänsyn och sociala hänsyn, 2011, s. 7 f.

<sup>136</sup> Arrowsmith, 2010, s. 299.

<sup>137</sup> KOM(2001) 566 slutlig, Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling C 333/33, tillgänglig: <http://eur-lex.europa.eu> (hämtat 2014-09-25).

<sup>138</sup> Krüger, Kai, Nielsen, Ruth, Bruun, Niklas, EU Public Contracts in a Labour Law Perspective, 1998, DJØF Publishing, s. 181.

<sup>139</sup> Seth, Torsten, Svensk internationell arbetsrätt, 2009, Studentlitteratur, s. 218.

<sup>140</sup> Direktiv 2014/24/EU skäl 2.

diskriminering, ömsesidigt erkännande, öppenhet och proportionalitet.<sup>141</sup> Eftersom EU-samarbetet i grund och botten är byggt på förverkligandet av en inre marknad är offentlig upphandling till sin natur syftandes till att eliminera konkurrenshinder. En upphandlande myndighet får därför inte vid t.ex. upphandlandet av en tjänst ställa krav på leverantörerna, anbudet eller utförandet av tjänsten om dessa krav strider mot EU:s grundläggande principer om främjande av konkurrens. Tillåtligheten av sociala hänsyn rör alltså huvudsakligen avvägningen kring hur den inre marknadens mål kan främjas samtidigt som hänsyn tas till sociala aspekter.<sup>142</sup> Denna avvägning är en av de största svårigheterna inom upphandlingsområdet.<sup>143</sup>

Möjligheten att vid offentlig upphandling ta hänsyn till annat än rent ekonomiska och kvalitetsbetonade aspekter lyfts fram i 1 kap. 9 a § LOU, där det stadgas att en upphandlande myndighet bör beakta sociala hänsyn vid offentlig upphandling – förutsatt att upphandlingens art motiverar detta. Det finns emellertid inget krav enligt LOU på att myndigheten måste beakta sociala hänsyn.<sup>144</sup> I 6 kap. 13 § LOU stadgas vidare den uttryckliga möjligheten för upphandlande myndigheter att specifikt ställa särskilda kontraktsvillkor, se nedan, med bäring på social hänsyn.

#### **4.2.1 Sociala hänsyn genom särskilda kontraktsvillkor**

Ett av de verktyg som en upphandlande myndighet har vid offentlig upphandling är så kallade särskilda kontraktsvillkor. Till skillnad från andra typer av krav, exempelvis gällande leverantörens ekonomiska kapacitet eller anbudet i sig, rör särskilda kontraktsvillkor själva utförandet av den tjänst som upphandlas. Stöd för möjligheten att ställa särskilda kontraktsvillkor med bäring på sociala hänsyn angavs uttryckligen i artikel 26 i direktiv 2004/18/EG, som ligger till grund för nuvarande lydelse av LOU. I samma artikel poängteras att en förutsättning är att villkoren är förenliga med gemenskapsrätten i övrigt. Detta direktiv har dock sedan 26 februari 2014 ersatts av direktiv 2014/24/EU<sup>145</sup>, som emellertid ännu inte har implementerats i svensk rätt.<sup>146</sup> I det nya direktivet behandlas särskilda kontraktsvillkor

---

<sup>141</sup> Direktiv 2014/24/EU skäl 1. Jämför även direktiv 2004/18/EG skäl 2.

<sup>142</sup> KOM(2001) 566 slutlig C 333/27.

<sup>143</sup> Arrowsmith, 2010, s. 50.

<sup>144</sup> Pedersen, 2013, s. 136.

<sup>145</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

<sup>146</sup> Se SOU 2014:51, Nya regler om upphandling.



specifikt i avdelning 2 kap. 4, artiklarna 70-73. Artikel 70 stadgar att särskilda kontraktsvillkor med social hänsyn får ställas förutsatt att de har koppling till kontraktsföremålet. I det tidigare, nu upphävda, upphandlingsdirektivet angavs samma möjligheter i artikel 26, dock utan hänvisning till att koppling till kontraktsföremålet är en förutsättning.

Att ett krav måste ha en koppling till kontraktsföremålet gäller förvisso även för andra typer av krav än särskilda kontraktsvillkor med koppling till social hänsyn. Emellertid kan det anses att risken för oförenlighet med upphandlingsregleringen är större gällande krav med sociala hänsyn än vad gäller krav med bäring på mer renodlade ekonomiska aspekter.<sup>147</sup> Med koppling till kontraktsföremålet avses att ett särskilt kontraktsvillkor exempelvis måste vara kopplat till utförandet av den aktuella tjänsten i fråga. Det får med andra ord inte röra sig om ett krav som har bäring på entreprenörens organisation i sin helhet. Ett sådant mer generellt krav kan anses strida mot proportionalitetsprincipen.<sup>148</sup>

### **4.3 Tillåtlighet av krav på personalövertagande**

Upphandlingsregleringen är en formlagstiftning i så motto att den endast syftar till partiell harmonisering för att främja den inre marknaden.<sup>149</sup> Regleringen uppställer grundläggande föreskrifter för hur offentlig upphandling måste gå till för att främja dess grundläggande ändamål. Inom denna ram är dock de upphandlande myndigheterna själva fria att avgöra vad som ska upphandlas och på vilket sätt. Det är exempelvis ett krav enligt regleringen att den upphandlande myndigheten endast får använda sig av två metoder för att komma fram till vad som är det objektivt bästa anbudet: lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vad som är mest ekonomiskt fördelaktigt är upp till den upphandlande myndigheten att avgöra, såvida det inte strider mot upphandlingens ändamål.<sup>150</sup>

Frågan om vad som inte är tillåtet vid offentlig upphandling är till följd av detta nära sammanknutet till upphandlingsregleringens grundläggande syften. Således måste alla aspekter, inklusive krav i form av särskilda kontraktsvillkor, i en offentlig upphandling vara förenliga med EU:s grundläggande principer, något som uttryckligen stadgats i 1 kap. 9 §

---

<sup>147</sup> Pedersen, 2013, s. 136.

<sup>148</sup> Ahlberg & Bruun, 2010, s. 48.

<sup>149</sup> Krüger m.fl., 1998, s. 24.

<sup>150</sup> Krüger m.fl., 1998, s. 25 f.

LOU. En av dessa principer är proportionalitetsprincipen, som har lyfts fram som central gällande möjligheten att ställa särskilda kontraktsvillkor.<sup>151</sup>

Proportionalitetsprincipen stadgar att ett kravs ingripande effekter måste stå i proportion till den upplevda nyttan av kravet. Det rör sig med andra ord om en avvägning mellan motstående ändamål.<sup>152</sup> En central fråga för att avgöra om ett krav från en upphandlande myndighet är förenligt med proportionalitetsprincipen är därför vad som är syftet med kravet.<sup>153</sup> Bedömningen enligt proportionalitetsprincipen kan beskrivas enligt en trestegsmodell.<sup>154</sup>

1. Kravet i fråga måste vara lämpligt och effektivt i förhållande till sitt syfte. Detta innebär att kravet måste kunna anses uppfylla syftet med kravet, och att den upphandlande myndigheten ska kunna kontrollera huruvida en leverantör uppfyller kravet i fråga.
2. Kravet måste anses nödvändigt i meningen att syftet med kravet inte kan uppnås på något mindre ingripande sätt.
3. En prövning ska göras kring om de ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv negativa effekterna av ett krav får anses godtagbara i förhållande till de positiva aspekter som exempelvis ett krav på personalövertagande för med sig. Om de negativa effekterna är alltför omfattande är kravet inte proportionerligt. Härvid är det essentiellt att se till upphandlingsregleringens syften.

Tillåtligheten av krav på personalövertagande har inte prövats i någon högre instans och den praxis som finns på området är svårtolkad, främst med hänsyn till proportionalitetsbedömningens inverkan.

Ett avgörande som tycks ha fått stor inverkan på uppfattningen om tillåtligheten av krav på personalövertagande i Sverige är mål nr 3696-1998 från Kammarrätten i Göteborg. Trafiknämnden i Göteborg genomförde i det aktuella fallet offentlig upphandling av linjebustrafik. Två anbudsgivare, Buss i väst och Swebus, begärde överprövning av upphandlingen. En av grunderna var att de ansåg att ett villkor om personalövertagande i det

---

<sup>151</sup> Prop. 2006/07:128, Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, s. 200.

<sup>152</sup> NOU:s yttrande dnr 2005/0088-29 s. 4 f.

<sup>153</sup> Falk, Jan, Lag om offentlig upphandling: en kommentar, 2014, Jure, s. 66.

<sup>154</sup> NOU:s yttrande dnr 2005/0088-29, s. 5 f.

aktuella förfrågningsunderlaget stred mot kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § i då gällande lag (1992:1528) om offentlig upphandling (ÄLOU). I förfrågningsunderlaget fanns ett krav på att om ett entreprenörsbyte skedde till följd av upphandlingen skulle den nya entreprenören vara skyldig att överta den tidigare entreprenörens personal, och att reglerna kring verksamhetsövergång i LAS och MBL i en sådan situation skulle beaktas. De klagande anbudsgivarna menade bland annat att ett sådant krav gav den befintlige entreprenören konkurrensfördelar bestående i att övriga anbudsgivare inte kunde använda sin egen personal som konkurrensmedel. Swebus menade även att reglerna i LAS om verksamhetsövergångar inte var tillämpliga vid entreprenörsbyten av det slag som var aktuellt, vilket gjorde att kravet enligt Swebus byggde på en felaktig uppfattning om rättsläget från den upphandlande myndighetens sida.<sup>155</sup>

Länsrätten, vars bedömning Kammarrätten fastställde, hänvisade till *Swebus III*-målet och konstaterade att i det fallet ansåg Arbetsdomstolen att direktivet inte kunde tillämpas på entreprenörsbyte av kollektivtrafik i samband med offentlig upphandling. Utifrån den tolkningen menade Länsrätten att den upphandlande myndigheten i det nuvarande fallet, Trafiknämnden i Göteborg, inte kunde ställa ett krav på personalövertagande. Kravet ansågs strida mot kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § ÄLOU eftersom det inte gav anbudsgivarna möjlighet att använda den egna organisationens kompetens.

Rättsfallets prejudikatvärde har varit omdiskuterat i såväl förarbeten som doktrin. Ahlberg & Bruun menar att vare sig Länsrätten eller Kammarrätten gjorde någon arbetsrättslig bedömning överhuvudtaget kring huruvida en verksamhetsövergång ägt rum i det aktuella fallet eller inte. Detta menar de kan vara till följd av att *Swebus III*-domen har uppfattats som att verksamhetsövergång aldrig kan bli aktuellt vad gäller entreprenörsbyte vid offentlig upphandling av kollektivtrafik och att domstolen därför inte ansåg det vara nödvändigt att pröva omständigheterna i det enskilda fallet.<sup>156</sup> Denna uppfattning tycks Blekemo dela.<sup>157</sup>

Det bör noteras att ÄLOU, som gällde vid avgörandet i fråga, skiljer sig från nuvarande upphandlingslagstiftning på så vis att ÄLOU inte kopplade tillåtlighet till att förfarandet

---

<sup>155</sup> Beträffande grunden att överlåtelseregleringen inte var principiellt tillämplig klargjordes det senare, framför allt genom avgörandet i *Liikenne*, att regleringen kunde omfatta även sådana entreprenörsbyten.

<sup>156</sup> Ahlberg & Bruun, 2010, s. 148.

<sup>157</sup> Blekemo, 2010, s. 66.

måste vara förenligt med EU:s grundläggande principer, däribland proportionalitetsprincipen. Istället var kravet att upphandlingen skulle ske *affärsmässigt*. Det kan därmed tänkas vara svårt att tillämpa denna äldre praxis. Begreppet affärsmässighet ska emellertid enligt förarbetena till gällande lag anses överensstämma med nuvarande krav på förenlighet med EU:s grundläggande principer i 1 kap. 9 § LOU.<sup>158</sup>

Konkurrensverket har i sin vägledning kring möjligheterna att ta miljömässiga och sociala hänsyn vid offentlig upphandling konstaterat, med hänvisning till bland annat det ovan refererade kammarrättsavgörandet, att en upphandlande myndighet endast kan ställa krav på personalövertagande när upphandlingen kommer att leda till en verksamhetsövergång enligt 6 b § LAS. Den upphandlande myndigheten måste därför kunna analysera huruvida upphandlingen kommer att leda till en verksamhetsövergång. Om så inte är fallet tycks Konkurrensverket anse att krav på personalövertagande inte är förenligt med de EU-rättsliga principerna.<sup>159</sup> Det kan dock vara komplicerat att avgöra på förhand om en upphandling kommer att leda till en verksamhetsövergång, bland annat med hänsyn till att flera faktorer som påverkar den bedömningen inte går att överblicka vid utformningen av förfrågningsunderlaget.<sup>160</sup> Konkurrensverket tycks basera sin uppfattning, om att krav på personalövertagande endast får ställas när de formella förutsättningarna för en verksamhetsövergång är uppfyllda, på utgången i det göteborgska bussfallet.<sup>161</sup> Detta är emellertid inget som domstolen uttryckligen anger i rättsfallet. Den motivering som domstolen gav till sitt avgörande var följande: ”Villkoret måste anses strida mot kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU genom att det inte ger anbudsgivarna frihet att använda den egna organisationens kompetens.” Inte heller prövade domstolen huruvida det rörde sig om en verksamhetsövergång i det aktuella fallet.

I SOU 1999:149 diskuteras frågan om verksamhetsövergångar generellt och krav på personalövertagande. Utredaren ansåg vid tillfället att det var oklart huruvida en upphandlande myndighet kunde ställa krav på personalövertagande när det inte var fråga om en verksamhetsövergång, varvid man bland annat diskuterade vilka slutsatser som kunde dras

---

<sup>158</sup> Prop. 2006/07:128 s. 156 f.

<sup>159</sup> Konkurrensverket, Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling, 2011, s. 42.

<sup>160</sup> Ahlberg & Bruun, 2010, s. 146.

<sup>161</sup> Konkurrensverket, Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling, 2011 s. 42. Se även Konkurrensverket, Verksamhetsövergång och kollektivavtal i offentlig upphandling, dnr 174/2009, s. 2.

utifrån det göteborgska bussfallet. Med hänsyn till avgörandet i *Beentjes*<sup>162</sup>, där en upphandlande myndighet tilläts uppställa krav på att entreprenören skulle anställa långtidsarbetslösa, ansåg utredaren att det inte fanns något uttryckligt förbud mot krav om personalövertagande. Utredaren ansåg dock att sådana krav kunde vara otillåtna om de dels användes som utvärderingskriterier och dels om de stod i strid med gemenskapsrätten i övrigt.<sup>163</sup> Utredaren uppfattade det därför som att det göteborgska bussfallet borde tolkas restriktivt och som ett uttryck för det enskilda fallet snarare än som generellt tillämpbar praxis. Utredaren lyfte även fram att Nämnden för offentlig upphandling (NOU) hade en restriktiv ståndpunkt gentemot krav på personalövertagande men att nämnden såg mer positivt på situationer när sådana krav ställdes med tanke på personalkontinuitet.<sup>164</sup>

Ahlberg & Bruun menar i likhet med ovanstående förarbetsuttalanden att krav på personalövertagande borde vara i enlighet med upphandlingsregleringen när det ställs för att säkerställa personalkontinuitet förutsatt att det finns ett sådant behov, såsom i vårdbranschen. Att ställa krav med hänsyn till kvalitet är enligt deras uppfattning i linje med upphandlingsregleringens grundsyften, vilket även borde möjliggöra att krav på personalövertagande i kvalitetssyfte är tillåtet.<sup>165</sup> Författarna anser dock att situationen är komplicerad vad gäller entreprenörbyten eftersom det då, enligt deras uppfattning, krävs att det faktiskt måste vara klart att upphandlingen kommer att leda till en verksamhetsövergång. De menar även, med hänvisning till *Liikenne*, att den upphandlande myndigheten är skyldig att ställa krav på personalövertagande om man bedömer att upphandlingen kommer att leda till en verksamhetsövergång.<sup>166</sup>

Möjligheten att ställa krav på personalövertagande med koppling till överlåtelseregleringen har lyfts fram i Europaparlamentets och rådets förordning 1370/2007<sup>167</sup> gällande konkurrensutsättning av vissa former av kollektivtrafik. I artikel 4.5 stadgas att de behöriga myndigheterna vid konkurrensutsättning av kollektivtrafik inom förordningens tillämpningsområde får kräva att den utvalda privata aktören erbjuder den befintliga

---

<sup>162</sup> Mål C-31/87 *Beentjes*.

<sup>163</sup> SOU 1999:149, Upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster, s. 172.

<sup>164</sup> SOU 1999:149 s. 173.

<sup>165</sup> Ahlberg & Bruun, 2010, s. 149 f.

<sup>166</sup> Ahlberg & Bruun, 2010, s. 151.

<sup>167</sup> Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1370/2007 av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordning (EEG) nr 1191/69 och (EEG) nr 1107/70.

personalen samma rättigheter som de skulle haft i samband med en överlåtelse enligt överlåtelsedirektivet. Förordningen har förvisso ett begränsat tillämpningsområde då det endast gäller konkurrensutsättning avseende vissa former av kollektivtrafik. Likaså framgår det inte uttryckligen om formuleringen avser krav på att entreprenörerna helt enkelt ska följa bestämmelserna i överlåtelsedirektivet när det är tillämpligt eller om krav får ställas på personalövertagande även när så inte är fallet.

Förordningen har uppmärksammats i en studie där det visade sig att upphandlande myndigheter i Europa i väldigt liten utsträckning använder möjligheten i förordningen att ställa krav på personalövertagande i linje med överlåtelsedirektivet.<sup>168</sup> Det framkom emellertid att det var förhållandevis vanligt att personalövergång i enlighet med överlåtelsedirektivets lydelse ändå genomfördes på olika sätt, även när de formella kriterierna inte var uppfyllda. Exempel på detta var att den upphandlande myndighet ställde krav på personalövertagande, dock utan hänvisning till förordningen, eller övertagande materiel vilket i sin tur ledde till att förutsättningarna i överlåtelsedirektivet uppfylldes och personalövertagande därmed ägde rum.<sup>169</sup>

#### 4.4 Diskussion

Antalet upphandlingar där krav på personalövertagande ställs tycks ha ökat den senaste tiden, där ett aktuellt exempel är Region Dalarnas upphandling av busstrafik. Samtidigt tycks osäkerheten kring sådana kravs tillåtlighet vara stor då praxis på området är bristfällig. Även beträffande den aspekten är Region Dalarnas upphandling talande. Under författandet av denna uppsats har det i just den upphandlingen ställts ett sådant krav som dock därefter dragits tillbaka med hänvisning till osäkerhet gällande tillåtligheten.<sup>170</sup> Upphandlingsrätten får betraktas som ett rättsområde i stor dynamik där uppfattningen om vad förfarandet ska tillgodose för ändamål tycks gå i en riktning mot större ansvarstagande för sociala frågor. I

---

<sup>168</sup> Community of European Railway and Infrastructure Companies, European Transport Workers' Federation, Social aspects and the protection of staff in case of change of railway operator: the current situation, 2013, tillgänglig: <http://www.etf-europe.org/etf-3845.cfm> (hämtat 2014-12-05).

<sup>169</sup> Community of European Railway and Infrastructure Companies, European Transport Workers' Federation, Social aspects and the protection of staff in case of change of railway operator: the current situation, 2013, s. 45.

<sup>170</sup> Eriksson, Per, Stryker krav på personalövertagande, Upphandling24, 2014-12-15, tillgänglig: <http://upphandling24.idg.se/2.1062/1.602058/stryker-krav-pa-personalovertagande> (hämtat 2014-12-18). Jämför även Joffer, Bo, Därför svek jag facket, Dalarnas Tidningar, 2014-12-15, tillgänglig: <http://www.dt.se/ekonomi/darfor-svek-jag-facket> (hämtat 2014-12-18).

vilken fart denna utveckling sker, och vad det för med sig, är en högst relevant fråga utan enkla svar. Uppfattningarna varierar av nödvändighet och därmed även svaren på hur konkreta rättsfrågor, så som möjligheten att ställa krav på personalövertagande, varierar i lika stor utsträckning.

Kan ett krav på personalövertagande påverka tillämpligheten av överlåtelsedirektivet? Sett till EU-domstolens praxis om betydelsen av övertagande av produktionsfaktorer, och därmed personal, talar mycket för det på ett teoretiskt plan. Genom att den upphandlande myndigheten genom upphandlingsförfarandet kan få produktionsfaktorn att övergå i personalbaserad verksamhet skulle med stor sannolikhet ett entreprenörsbyte anses uppfylla kriterierna för verksamhetsövergång, och därmed uppfylls även de potentiellt eftersträvansvärda rättsföljderna.

Ur ett praktiskt perspektiv framstår dock tillåtligheten av ett sådant krav på personalövertagande som högst oklar enligt min mening. Ett förhärskande synsätt tycks vara, utifrån främst det göteborgska bussfallet, att en förutsättning för att ett krav på personalövertagande ska vara tillåtet är att de formella förutsättningarna i 6 b § LAS föreligger, och myndigheten i ett sådant fall eventuellt till och med är skyldig att upplysa entreprenörerna om detta. Tillåtligheten av kraven i en sådan situation kan emellertid anses tämligen ointressant enligt min mening, eftersom det följer direkt av lagstiftningen att personalen då har rätt att övergå. Det kan knappast heller vara i strid med gemenskapsrätten att ställa krav på att lagregler baserade på EU-direktiv ska respekteras av leverantörerna. Utifrån utgången i *Liikenne* kan det även konstateras att överlåtelseregleringen kan tillämpas i en upphandlingsförfarande. Intressantare blir det om ett krav på personalövertagande kan ställas även när de formella kriterierna inte förväntas bli uppfylla vid ett entreprenörsbyte, för att på så sätt påverka regleringens tillämplighet i en specifik situation.

Ett krav på personalövertagande måste kunna försvaras under de EU-rättsliga grundprinciperna vid offentlig upphandling, och i synnerhet proportionalitetsprincipen. Proportionalitetsprincipen är till sin karaktär en avvägning kring om ändamålen helgar medlen, varvid ändamålet med ett sådant krav får stor betydelse. Som sett varierar syftet med kraven i såväl praktisk diskussion som faktiska upphandlingar, där såväl hänsyn till arbetstagare som kvalitetsaspekter lyfts fram som potentiella grunder. För att ett krav ska anses proportionerligt ska det, enligt ovan redovisade trestegsmodell anses vara lämpligt och

effektivt, nödvändigt och de negativa effekterna ska vara proportionella i förhållande till syftet.

Om syftet är att säkerställa de befintliga arbetstagarnas anställningsförhållanden kan ett krav på personalövertagande säkert anses *lämpligt och effektivt* i den meningen att målet faktiskt uppnås, eftersom arbetstagarna de facto ges fortsatt anställning genom ett sådant krav. Frågan är dock om det är detta som är det faktiska syftet med ett sådant krav, eller om det kan anses vara att skapa bättre anställningsförhållanden i branschen generellt. I det senare fallet kan lämpligheten enligt min uppfattning ifrågasättas eftersom ett krav på övertagande av personal förvisso skyddar anställningen för de befintliga arbetstagarna, men samtidigt förhindrar det en övertagande entreprenör från att anställa personal utan erfarenhet. Ett sådant krav kan därmed potentiellt skapa inlåsnings effekter som knappast kan anses vara lämpliga sett till förhållandena på arbetsmarknaden i branschen i ett större perspektiv.

Att ett krav på personalövertagande ska vara *nödvändigt i förhållande till syftet* innebär att syftet inte kan uppnås på något mindre ingripande sätt. Vad gäller hänsyn till arbetstagarna finns enligt min mening inte något mindre ingripande sätt för en upphandlande myndighet än att ställa krav på att övertagande entreprenör ska överta personalen. Möjligen hade en situation där personalövertagande gavs extra poäng i form av ett tilldelningskriterium setts som mindre ingripande, den frågan ryms dock inte inom ramen för denna uppsats. Sett till personalkontinuitet som syfte så måste man även här se till bakgrunden av kravet. Personalkontinuitet i sig motiveras av kvalitetsaspekter kopplade till att erfarenhet och att eventuell personlig koppling till verksamhetens kunder eller dylikt är eftersträvansvärt. Även här anser jag att det är svårt att identifiera något mindre ingripande sätt.

Det mest intressanta i bedömningen torde vara just huruvida de, ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv, *negativa effekterna kan anses rimliga i förhållande till det eftersträvade syftet*. De potentiellt negativa effekter som ett krav på personalövertagande för med sig är först och främst enligt min mening att en ny entreprenör inte kan konkurrera med personalkostnader eller personalens kompetens eftersom han måste anställa tidigare entreprenörs arbetstagare. Detta är i sig en konkurrensbegränsning som i sig motverkar upphandlingsregelverkets grundsyften, och som gör att krav på personalövertagande kan anses strida mot proportionalitetsprincipen. I vissa situationer kan möjligen krav på personalövertagande motiverade av personalkontinuitet anses proportionella, exempelvis då det är av stor vikt att



den befintliga personalen får fortsätta sitt arbete p.g.a. den unika erfarenhet de har eller den personliga relationen till exempelvis vårdtagare. Sådana situationer borde dock vara relativt begränsade i antal eftersom det är få verksamheter där detta får anses vara ett så viktigt intresse att det motiverar en konkurrensbegränsning av det slag som ett krav på personalövertagande innebär.

I denna del kan det vara värt att återknyta till den förordning om kollektivtrafik som berörts ovan, där krav på personalövertagande synes vara en rekommendation från EU-lagstiftarens sida. Det skulle vara mycket underligt om man i författandet denna förordning helt har bortsett från proportionalitetsprincipen, varvid det rimliga är att man har gjort bedömningen att det i de situationer som förordningen reglerar så är krav på personalövertagande legitimt. Förordningen har dock begränsat tillämpningsområde vilket enligt min uppfattning talar för att dess lydelse inte kan ge något besked om sådana kravs allmänna giltighet.

Det tåls dock att upprepas att i min mening kan ett krav på personalövertagande användas av en upphandlande myndighet i syfte att ett entreprenörsbyte ska uppfylla de formella förutsättningarna för en verksamhetsövergång enligt överlåtelseregleringen genom att personalen i form av produktionsfaktor övergår. Den legala möjligheten ur upphandlingsrättslig synvinkel att ställa ett sådant krav är dock, utifrån ovanstående resonemang, högst oklar med hänsyn till proportionalitetsprincipen.

## 5 Avslutande analys

I situationer där två rättsakter av samma hierarki men med olika ändamål och syften ska tillämpas gemensamt i en praktisk situation uppstår en konflikt i den meningen att båda ändamålen möjligen inte kan tillgodoses samtidigt. Överlåtelsereglernings tillämplighet i samband med offentlig upphandling är en sådan situation. Å ena sidan en arbetsrättslig skyddslagstiftning vars huvudsyfte är att trygga anställningsförhållanden vid arbetsgivarbyten. Å andra sidan det offentliga upphandlingsförfarandet, vars själva kärna utgörs av främjandet av en dynamisk marknad där personal till stor del kan betraktas huvudsakligen som en konkurrensfaktor.

De frågor som ställdes i inledningen av denna uppsats var om entreprenörerna och den upphandlande myndigheten kunde kringgå eller frambringa överlåtelsereglernings tillämplighet, och hur dessa eventuella möjligheter influerar överlåtelsereglernings och upphandlingsreglernings möjligheter att uppnå sina motstridiga ändamål. Dessa frågor har bitvis behandlats och besvarats under diskussionsavsnitten till respektive kapitel. I denna avslutande analys ämnar jag sammanföra och utveckla dessa slutsatser.

Den övertagande entreprenören har möjlighet att påverka överlåtelsereglernings tillämplighet genom det cirkelresonemang som blir en effekt av att det avgörande för om en verksamhetsövergång ägt rum eller inte är om produktionsfaktorerna övertagits. Övertar entreprenören inte tidigare personal eller de materiella tillgångarna kan i regel inte överlåtelsereglerningen tillämpas. Någon motsvarande möjlighet för den befintliga entreprenören kan enligt min uppfattning inte anses föreligga i samband med offentlig upphandling.

Att överlåtelsereglerningen ska tillämpas vid entreprenörsbyten även i samband med offentlig upphandling är sett till överlåtelsereglernings ändamål närmast en självklarhet. Att undanta en stor del av marknaden från en skyddslagstiftning vars effektivitet just förutsätter en heltäckande tillämplighet vore att göra överlåtelsereglerningen till en chimär. Samtidigt härstammar överlåtelsereglerningen från en tidsperiod där en dynamisk marknad i en stark ekonomi just ledde till den rörliga inre marknad som rättsaktens skapare, EU, efterfrågade. Reglerningen får således från alla första början ses som en kompromiss där konkurrenshänsyn och marknadsekonomiska faktorer i viss mån har fått stå tillbaka till förmån för arbetstagares

intresse av förutsägbarhet och trygghet, en avvägning som enligt min uppfattning karaktäriserar EU-samarbetet i stort.

Samtidigt är uppenbarligen inte överlåtelseregleringen heltäckande i en praktisk kontext, hur mycket än syftet är att så ska vara fallet. Att lagstiftning sällan är tillämplig i exakt alla tänkbara situationer är en självklarhet, och likaså att ändamålsenligheten med lagstiftning inte alltid är fullständig. Det intressanta i sammanhanget är dock att de begränsningar som måste anses finnas i regleringens tillämplighet har skapats utifrån EU-domstolens egen praxis i samma domar där de påpekar vikten av regleringens behov av ett extensivt tillämpningsområde. I sin praxisutveckling har EU-domstolen så som konstaterats lagt avgörande vikt vid om produktionsfaktorerna, d.v.s. personal eller materiella tillgångar, övergår till en övertagande entreprenör. Eftersom entreprenörerna själva väljer i vilken utsträckning de vill överta personalen får den övertagande entreprenören direkt kontroll över huruvida de rättsfakta som regleringens tillämplighet bygger på ska föreligga eller inte. Den övertagande entreprenören har därmed långtgående påverkansmöjligheter för om regleringen ska tillämpas vid ett entreprenörsbyte i ett offentligt upphandlingsförfarande eller inte.

Är detta ett problem gällande skyddsregleringens ändamålsenlighet? Enligt min mening måste i stort sett alltid kringgåendemöjligheter anses vara en brist i skyddslagstiftning. Någon annan slutsats kan inte dras, så även vad gäller överlåtelseregleringens tillämplighet. En övertagande entreprenör har förmodligen ett intresse av att regleringen inte tillämpas, för att undvika att behöva hantera den övertalighet som potentiellt sett uppstår eller helt enkelt för att denne önskar att styra över sin verksamhet även gällande personalfrågor. Det kan sannolikt finnas situationer där en övertagande entreprenör ser ett eventuellt personalövertagande som något positivt av rent praktiska skäl, där denne exempelvis värdesätter de befintliga arbetstagarnas erfarenhet. Sådana situationer kan dock inte anses kompensera för de fall där kringgående måste ses som en attraktiv möjlighet – en möjlighet som enligt min analys i hög grad existerar i praktiken.

Det kan vara värt att reflektera över vad överlåtelseregleringen har för funktion även när det finns kringgåendemöjligheter för en övertagande entreprenör. EU-domstolens praxis skapar förvisso en valfrihet för entreprenören där dennes val att anställa eller inte anställa den befintliga entreprenörens personal inskränker överlåtelseregleringens tillämpningsområde. Samtidigt kan situationer där personalen återanställs för att utföra samma arbetsuppgifter men

till sämre villkor undvikas i fall då den övertagande entreprenören de facto vill anställa den tidigare personalen, exempelvis på grund av personalens erfarenhet. Även om det kan anses vara ett problem att entreprenören har kringgåendemöjlighet innebär den i sådana fall möjligen inte ett praktiskt problem eftersom entreprenören då inte har intresse av att utnyttja den möjligheten. Förmodligen är emellertid sådana situationer relativt få inom tjänstesektorn där likvärdig kompetent personal ofta kan rekryteras från annat håll än från den tidigare entreprenören. Så länge det finns sådana andra rekryteringsalternativ framstår incitamenten till att inte anställa den tidigare personalen som stora, vilket enligt min mening tycks göra kringgåendemöjligheterna attraktiva i praktiken, och därmed även ett reellt problem sett till överlåtelseregleringens ändamål.

Den de facto-dispositivitet för en övertagande entreprenör som EU-domstolens praxis skapar visar sig påverka överlåtelseregleringens effektivitet även i situationer där entreprenörerna knappast kan anses ha några direkta påverkansmöjligheter – såsom under själva upphandlingsförfarandet. Detta blir tydligt beträffande uppsägningsförbudet. Som kan konstateras utifrån min analys om uppsägningsförbudets tillämplighet under pågående offentlig upphandling skapar fokuseringen på produktionsfaktorernas övergång en situation där uppsägningsförbudet i praktiken sällan tycks bli tillämpligt. Uppsägningsförbudet är en förutsättning för att rätten att övergå till en övertagande entreprenör ska bli effektiv. Om uppsägningsförbudet inte kan tillämpas skapas även indirekta påverkansmöjligheter för en befintlig entreprenör. Denne kan till följd av uppsägningsförbudets bristande tillämplighet i många fall säga upp personal med hänvisning till hypotetiskt arbetsbrist. Denna situation är enligt min uppfattning skapad genom en kombination av EU-domstolens fokus på produktionsfaktorernas övergång och Arbetsdomstolens arbetsgivarvänliga hantering av vem som ska drabbas av de vid offentlig upphandling ofrånkomliga osäkerhetsfaktorerna gällande om en verksamhetsövergång kommer äga rum eller inte.

En sådan prioritering av Arbetsdomstolen måste kunna ifrågasättas sett till överlåtelsedirektivets skyddssyfte. Möjligen är hållningen en outtalad hänsyn till de konkurrensmässiga ändamål som upphandlingsregleringen bygger på. Det verkar i sammanhanget lätt att kritisera Arbetsdomstolen för att inte ta hänsyn till arbetstagarna. Kanske är det emellertid inte så enkelt. EU-domstolen är känd för sin teleologiska tolkningsmetod, där en lagstiftning ska tolkas utifrån dess ändamål. Detta framgår tydligt i rättsfallen rörande såväl överlåtelsedirektivet som upphandlingsdirektivet. Hur denna

ändamålstolkning ska göras när dessa två regleringar möts blir dock problematiskt. Enligt min uppfattning tycks EU-domstolen undvika frågan genom att påstå att det inte finns någon ändamålskonflikt, vilket domstolens resonemang i *Liikenne* är ett gott exempel på. Genom praxisen om betydelsen av produktionsfaktorernas övergång, som innebär kringgåendemöjligheter för en övertagande entreprenör, kan ju i praktiken en konkurrensbegränsning undvikas samtidigt som regleringarna är formellt kompatibla. Även om domstolen inte gör någon klar ändamålsavvägning eftersom man inte anser att det finns en tydlig konflikt tycks den praktiska effekten bli att konkurrensbegränsning kan undvikas genom övertagande entreprenörs möjlighet att kringgå överlåtelseregleringens tillämplighet. Möjligen har EU-domstolen därmed gjort en subtil ändamålsövervägning, till fördel för entreprenörerna, som resulterar i den situation vi har idag. Ur ett sådant perspektiv vore Arbetsdomstolens hänsyn till arbetsgivarna i AD 2014 nr 1 enklare att förstå.

Beträffande den upphandlande myndighetens möjlighet att påverka överlåtelseregleringens tillämplighet och därmed frambringa anställningsskydd har denna fråga visat sig svår att utreda och ge ett tydligt svar på. Den upphandlande myndigheten har till följd av EU-domstolens praxis om betydelsen av övertagande av produktionsresurserna en teoretisk möjlighet att påverka om en verksamhetsövergång ska äga rum genom att ställa krav på att en eventuellt ny entreprenör ska överta personalen. Om det kan konstateras att påverkansmöjligheterna för en övertagande entreprenör består i att kunna välja huruvida denne vill överta personalen, och effekten av detta är ett dysfunktionellt uppsägningsförbud vid offentlig upphandling, kan detta möjligen ur ett skyddsperspektiv åtgärdas genom ett krav på personalövertagande från den upphandlande myndigheten.

Tillåtligheten av ett sådant krav är dock enligt min mening högst osäker sett till dess konkurrensbegränsande effekter. Ett krav på personalövertagande måste kunna försvaras utifrån proportionalitetsprincipens avvägning av de negativa följderna sett till syftet med kravet. Till följd av bristfällig praxis och en upphandlingsreglering i dynamik är rättsläget i högsta grad oklart. Olika parter försöker utifrån såväl det nya upphandlingsdirektivet som tolkningar av den bristfälliga praxis som finns lyfta fram argumentationslinjer som talar i endera riktningen, där i allmänhet kärnan i argumenten är hänsyn till arbetstagarna eller hänsyn till entreprenörerna och fri konkurrens.

Mycket talar enligt min uppfattning för att det får anses som alltför ingripande i en övertagande entreprenörs verksamhet i förhållande till syftet att kunna motivera tryggad fortsatt anställning för den befintliga personalen. Detta inte minst med hänsyn till upphandlingsregleringens konkurrensfrämjande ändamål och de inlåsnings effekter på arbetsmarknaden sådana krav kan tänkas skapa. Ett krav på personalövertagande tycks därför gå emot båda regleringarnas skilda grundändamål och logik, vilket knappast talar för dess tillåtlighet. Samtidigt bör det påpekas att vad som faktiskt utgör upphandlingsregelverkets ändamål tycks i allt större utsträckning bli en något mindre självklar fråga, sett till den utveckling som skett gällande upphandlande myndigheters möjligheter att ta sociala hänsyn i förfarandet. Att offentlig upphandling fortfarande är en konkurrenslagstiftning med främjande av den inre marknaden som främsta ändamål anser jag är en lämplig beskrivning, men bilden kan tålas att nyanseras något. Att genom offentlig upphandling främja ett funktionellt arbetstagar skydd kan knappast anses vara ett fullkomligt främmande inslag i upphandlingsrätten. Huruvida ett krav på personalövertagande är att gå för långt även sett till upphandlingens mer sociala aspekter är dock ingen självklarhet, utan snarare högst oklart.

Går det att skönja huruvida något av de båda regleringarnas ändamål har getts större hänsyn i situationer där de är gemensamt kompatibla? EU-domstolen har inte uttryckligen gjort någon sådan prioritering. Enligt min mening måste emellertid domstolen vara införstådd med att nuvarande praxis om produktionsfaktorernas övergång skapar kringgåendemöjlighet för en övertagande entreprenör, och att detta är problematiskt sett till överlåtelseregleringens skyddssyfte. Samtidigt har man inte valt att revidera denna praxis. En sannolik förklaring är att alternativet skulle innebära att övertagande entreprenörer så gott som alltid är skyldiga att överta tidigare entreprenörs personal, vilket skulle vara mycket negativt ur flera aspekter. Genom att skapa en valfrihet för en övertagande entreprenör kan konkurrensbegränsningar undvikas, och den negativa påverkan på upphandlingsregelverkets ändamål därmed minskas. Överlåtelseregleringens fullständiga uppfyllande av sitt ändamål har därmed enligt min mening fått stå tillbaka i praktiken, även om detta inte är ett uttryckligt övervägande från EU-domstolens sida. Arbetsdomstolens resonemang i AD 2014 nr 1 och i viss mån *Reform Städ-* fallet visar dock på hur hänsyn till entreprenörerna enligt domstolen måste visas för att marknaden ska vara funktionell, även om det sker på bekostnad av anställningsskyddet som överlåtelseregleringen stipulerar.

En sammanfattande slutsats blir att vi tycks ha två regleringar med i varje fall till största del motstridiga syften som formellt kan tillämpas i gemenskap men där konkurrensmässiga överväganden och hänsyn till entreprenörerna enligt min mening leder till att överlåtelseregleringen har fått stå tillbaka i sådan grad att den verkar svårtillämpad vid entreprenörsbyten vid offentlig upphandling. Överlåtelseregleringens möjlighet att uppnå sina ändamål begränsas framför allt av den övertagande entreprenörens kringgåendemöjligheter genom EU-domstolens egen praxis. Även om denna mer arbetsgivarvänliga avvägning inte gjorts uttryckligen i alla avseenden är det enligt min mening inte orimligt att det har varit ett medvetet ställningstagande från såväl EU-domstolen som Arbetsdomstolen.

Om jag tillåter mig att blicka framåt är jag förhållandevis pessimistisk avseende möjligheten att undvika den rådande situationen med överlåtelseregleringens bristande tillämplighet vid entreprenörsbyten i samband med offentlig upphandling. Kringgåendemöjligheterna för entreprenörerna baseras på en praxis från EU-domstolen som varit rådande under en längre period och inget tycks tyda på någon förändring i domstolens hållning. Huruvida en sådan ”lösning” överhuvudtaget är eftersträvansvärd kan naturligtvis diskuteras rättspolitiskt. Mycket talar enligt min mening för att hänsyn till entreprenörerna och konkurrensfrämjande fortsatt kommer att tillåtas inskränka överlåtelseregleringens möjlighet till fullständig ändamålsenlighet. Detta är förmodligen nödvändigt för att ha en välfungerande marknad där entreprenörer är villiga att delta i offentliga upphandlingsförfaranden.

Det ska bli synnerligen intressant att se hur den senaste tidens trend inom offentlig upphandling i Sverige att ställa krav på personalövertagande kommer att behandlas vid de för rättsområdet så karaktäristiska överprövningsförfaranden som säkerligen kommer att initieras.

## Referenser

### Offentligt tryck

#### EU

##### Direktiv och förordningar

Rådets direktiv 77/178/EEG av den 14 februari 1997 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter.

Rådets direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1370/2007 av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordning (EEG) nr 1191/69 och (EEG) nr 1107/70.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

##### Europeiska kommissionen

KOM(2001) 566 slutlig, Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling, 2001.

< <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0566:FIN:SV:PDF>>

Hämtat 2014-09-25



Europeiska kommissionen, Socialt ansvarsfull upphandling – en handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling, 2010.

< <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6457&langId=sv>>

Hämtat 2014-09-22

### Europaparlamentet

Generaldirektoratet för EU-intern politik, Dissenting opinions in the Supreme Courts of the member states, PE 462.470, 2012.

<<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201304/20130423ATT64963/20130423ATT64963EN.pdf>>

Hämtat 2014-11-25

## **Sverige**

### Propositioner

Prop. 1994/95:102, Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar.

Prop. 2006/07:128, Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

### Statens offentliga utredningar

SOU 1999:149. Upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster.

SOU 2014:51. Nya regler för upphandling.

### Övrigt offentligt tryck

Nämnden för offentlig upphandling, yttrande dnr 2005/0088-29.

Konkurrensverket, Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling, 2011.

Konkurrensverket, Verksamhetsövergång och kollektivavtal i offentlig upphandling, Dnr 174/2009, 2009.

## Litteratur

Adlercreutz, Axel, Mulder, Bernard Johann, Svensk arbetsrätt, uppl. 14, 2013, Norstedts Juridik.

Ahlberg, Kerstin, Bruun, Niklas, Upphandling och arbete i EU, Sieps 2010:03.

< <http://www.sieps.se/sv/publikationer/upphandling-och-arbete-i-eu-20103>>

Hämtat 2014-10-15

Arrowsmith, Sue m.fl., EU public procurement law: an introduction, 2010.

< <http://www.nottingham.ac.uk/pprg/publications/downloads/eu-public-procurement-law-an-introduction.aspx>>

Hämtat 2014-11-03

Blekemo, Annika, En verksamhet är en verksamhet är en verksamhet, i Ahlberg, Kerstin m.fl. (red.), Vänbok till Ronnie Eklund, 2010, Iustus.

Bovis, Christopher H., EU public procurement law, uppl. 2, 2012, Edward Elgar publishing.

Falk, Jan, Lag om offentlig upphandling: en kommentar, uppl. 3, 2014, Jure.

Ieskog, Tommy, Anställningsskydd vid övergång av verksamhet, uppl. 3, 2003, Norstedts Juridik.

Kleineman, Jan, Rättsdogmatisk metod, i Korling, Fredric, Zamboni, Mauro (red.), Juridisk metodlära, Studentlitteratur, 2013.

Krüger, Kai, Nielsen, Ruth, Niklas, Bruun, European Public Contracts in a Labour Law Perspective, 1998, DJØF Publishing.

Källström, Kent, Malmberg, Jonas, Anställningsförhållandet – inledning till den individuella arbetsrätten, uppl. 3, 2013, Iustus.

Lunning, Lars, Toijer, Gudmund, Anställningsskydd: en lagkommentar, uppl. 10, 2010, Norstedts Juridik.

Mulder, Bernard Johann, Anställningen vid verksamhetsövergång, 2004, Juristförlaget i Lund.

Nordström, Anders, Förbudet mot uppsägning vid övergång av verksamhet, i Eklund, Ronnie m.fl. (red.), Festskrift till Hans Stark, 2001, Jure.

Nyström, Birgitta, Överlåtelsedirektivets tillämpning vid övergång av offentlig verksamhet, i Eklund, Ronnie, m.fl. (red.), Festskrift till Hans Stark, 2001, Jure.

Nyström, Birgitta, *EU och arbetsrätten*, uppl. 4, 2011, Norstedts Juridik.

Pedersen, Kristian, Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna, uppl. 3, 2013, Jure.

Reichel, Jane, EU-rättslig metod, i Korling, Fredric, Zamboni, Mauro (red.), Juridisk metodlära, Studentlitteratur, 2013.

Seth, Torsten, *Svensk internationell arbetsrätt*, 2009, Studentlitteratur.

## **Artiklar**

Bruun, Niklas, Tre gånger företagsöverlåtelse i finska HD, EU & arbetsrätt, nr. 2, 2001

< <http://arbetsratt.juridicum.su.se/euarb/01-2/02left.asp>>

Hämtat 2014-10-05

Eriksson, Per, Personalövertagande blir valfråga, Upphandling24, 2014-08-13

< <http://upphandling24.idg.se/2.1062/1.578306/personalovertagande-blir-valfraga>>

Hämtat 2014-09-15

Eriksson, Per, Stryker krav på personalövertagande, Upphandling24, 2014-12-15,

< <http://upphandling24.idg.se/2.1062/1.602058/stryker-krav-pa-personalovertagande>>

Hämtat 2014-12-18

Garde, Amandine, Recent developments in the law relating to transfers of undertakings, Common Market Law Review, nr. 39, sidorna 523-550, 2002.

Joffer, Bo, Därför svek jag facket, Dalarnas Tidningar, 2014-12-15.

< <http://www.dt.se/ekonomi/darfor-svek-jag-facket>>

Hämtat 2014-12-18

Pourbaix, Nicolas, Public procurement contracts: the impact of the Acquired Rights Directive, Public Procurement Law Review, 2006 utgåva 5, sidorna 241-252.

### **Övriga källor**

Community of European Railway and Infrastructure Companies, European Transport Workers' Federation, Social aspects and the protection of staff in case of change of railway operator: the current situation, 2013.

< <http://www.etf-europe.org/etf-3845.cfm>>

Hämtat 2014-12-05

Elg, Stefan, Allego, Arbetsrättsliga villkor i den offentliga upphandlingen – analys av förfrågningsunderlag, 2009.

Kommunal, Upphandlingar av kollektivtrafik behöver inte innebära trafik kaos, 2014.

< [http://www.kommunal.se/PageFiles/185399/Upphandlingar%20av%20kollektivtrafik\\_krav.jpg.pdf](http://www.kommunal.se/PageFiles/185399/Upphandlingar%20av%20kollektivtrafik_krav.jpg.pdf)>

Hämtat 2014-09-13

## **Rättsfall**

### **Arbetsdomstolen**

AD 1995 nr 163

Intermistiskt beslut målen A35/97 och A 37/97, dom meddelad 1997-04-15

AD 2006 nr 92

AD 2009 nr 55

AD 2014 nr 1

### **Kammarrätterna**

Kammarrätten i Göteborg mål nr 3696-1998, dom meddelad 1998-08-28.

### **EU-domstolen**

Mål C-24/85 – *Spijkers*.

Mål C-287/86 - *Ny Mølle Kro*.

Mål C-324/86 - *Daddy's dance hall*.

Mål C-31/87 - *Beentjes*.

Förenade målen C-144/87 och C-145/87 - *Berg v Besselsen*.

Mål C-13/95 - *Süzen*.

Förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97 - *Hernandez Vidal*.

Förenade målen C-173/96 och C-247/96 - *Sánchez Hidalgo*.

Mål C-172/99 - *Liikenne*.

Mål C-51/00 - *Temco*.

Mål C-340/01 - *Abler*.

Generaladvokaters förslag till avgörande

Mål C-172/99 *Liikenne*, förslag till avgörande av generaladvokat Philippe Léger, föredraget 12 oktober 2001.

Mål C-51/00, *Temco*, förslag till avgörande av generaladvokat L.A. Geelhoed, föredraget 27 september 2001.

Mål C-340/01, *Abler*, förslag till avgörande av generaladvokat L.A. Geelhoed, föredraget 19 juni 2003.

Författaren till denna uppsats, David Thorén, registrerades på kursen Examensarbetet första gången höstterminen 2014. Författaren har inte varit omregistrerad på kursen och har inte deltagit i några tidigare examinationstillfällen.